

POR

DON FERNANDO DE HOZES Y GODOY, vezino de Cordoua.

CONTRA

Don Iuan de Hozes y Castilla, y otros opositores.

SOBRE

La tenuta del mayorazgo que fundaron Diego de Hozes, y doña Maria de Figueroa su muger, vezinos de Cordoua, y acrecentò don Fernando de Hozes, Dean de Siguença, hijo de los fundadores, de cuya disposicion se haze mencion, memor. num. 16.



1 PRETENDE Don Fernando de Hozes se le de la tenuta del dicho mayorazgo con lo acrecentado por el dicho Dean de Siguença, y para esto ha de fundar su prelació a todos los opositores en dos Articulos, en que se diuide esta informacion.

2 En el primero se defenderà el llamamiento indiuidual que tiene don Fernando de Hozes de las oposiciones contrarias.

3 En el segundo se prouarà la exclusion de todos los opositores, con que el dicho don Fernando vendra a suceder sin controuersia, por no auer nadie que le excluya.

4 LA Sucesſion deſte mayorazgo ha diſcurrido haſta don Frãciſco de Hozes, hijo ſexto de los fundadores, que fue vltimo poſſeedor deſte mayorazgo, y en ſu llamamiento le tiene don Fernando de Hozes como ſu hijo, en la clauſula, memor. num. 6. ibi: *Y por falta de deſcendẽcia de varon de varon del dicho Geronimo de Hozes, llamamos a la ſuceſsion de los dichos bienes a Franciſco de Hozes nueſtro hijo ſexto, y a ſu hijo, nieto, y biſnieto, y deſcendientes varones de varones ſuceſsiue vno de otro para ſiẽpre.*

5 Y aſsi don Fernando tiene por ſi la regla de la voluntad del teſtador (que le llama expreſſamente) que en eſtas materias es lo principal a que ſe ha de atender, *l. in conditionibus primum locum, ff. de cond. & monſtrat. l. cùm ita, §. in fideicommiſſo, de legat. 2. l. 40. Tauri.*

6 Y tambien por hijo del vltimo poſſeedor tiene por ſi preſumpcion para ſuceder, *d. l. cùm ita, §. in fideicommiſ. de leg. 2. cap. 1. de natura ſucceſ. feud. l. 2. titul. 15. part. 2. Molin. lib. 3. cap. 4. num. 14.*

7 Contra eſte eſpecial y legal llamamiento ſe hazen a don Fernando tres opoſiciones.

8 La primera es, que no es nacido de legitimo matrimonio, ſino legitimado por el ſubſiguiente, que contraxeron don Franciſco de Hozes, y doña Aguſtina de Cortes ſus padres, auiendo el nacido treinta años antes de celebrarſe el matrimonio.

9 La ſegunda, que no pudo quedar legitimado por el impedimento dirimente que auia entre los dichos don Franciſco, y doña Aguſtina, por auer tenido ella antes ilicita amiſtad con don Diego de Hozes Cauallero de la Orden de Alcantara, ſobrino en ſegundo grado del dicho don Franciſco.

10 La tercera, que obſta al dicho don Fernando el defecto de limpieza de D. Aguſtina ſu madre, requerida por los fundadores en los caſamientos de todos los ſucceſſores, memor. num. 10.

De la reſpueſta deſtas tres opoſiciones quedarà mas claro el llamamiento del dicho don Fernando.

Reſpueſta a la primera opoſicion.

11 El hecho del matrimonio que contraxeron don Frãciſco de Hozes, y doña Aguſtina de Cortes con licencia del Ordinario de Cordoua, y diſpenſacion de las moniciones, ſe refiere en el memorial ex num. 19. de que reſulta, que aunque don Fernando al principio de ſu nacimiento fueſſe ilegitimo, el matrimonio ſubſiguiente entre ſus padres le legitimò,

mò verè & realiter, como si ab initio huuiesse nacido de legitimo ma-
trimonio, *cap. tanta qui filij sint legitimi, l. cum quis, l. nuper, C. de natur. liber. §. sit igitur licentia, in authent. quibus mod. naturales efficiuntur legitimi, l. 1 tit. 13. par. 4. & ibi Gregor. verb. se casa, & in l. 2. tit. 15. part. 4. verb. Sino el hijo, vers. Quid autem de legitimato.*

12 Sin que obste replicar, que el dicho don Fernando en la clausula, memor. num. 6. estè llamado con calidad, no solo de legitimo, sino de nacido de legitimo matrimonio, y no legitimado, ibi: *Con que sean legitimos, auidos de legitimo matrimonio, y no legitimados, segun està dicho.* De que se quiere arguir, que el dicho don Fernando, como no nacido de legitimo matrimonio, no puede suceder, segun la opinion de algunos Doctores, que en estos terminos resueluen, que el legitimado està excluso ex voluntate testatoris, quos longa serie refert *Castillo tom 4. cap. 31. ex n. 95.*

13 Sin embargo es cierto, que el dicho dõ Fernando tiene las calidades desta clausula.

Y para esto se han de distinguir quatro casos.

14 El primero es, quando se llaman al mayorazgo hijos legitimos: tunc absque dubio suceden los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio, porque son verdadera y propiamente legitimos, *ex dict. cap. tanta, qui filij sint, Paul. in l. fin. num. 5. & 6. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt, & post alios Couar. in 4. 2. par. cap. 8. §. 1. n 3. & 52. n. 27. Molina lib. 3. cap. 1. num. 10. Mieres 1. par. quæst. 58. num. 31. in 2. editione,* & cum in finitis *Lup. de illegitim. comment. 4. §. 3. num. 9.*

15 El segundo caso es, quando la disposicion no se contenta con llamamiento de hijos legitimos, sino que añade, que sean de legitimo matrimonio nacidos, y al fin este caso es el que disputò *Castillo tom. 4. cap. 31.* en el qual la mas cierta y verdadera opinion es, que sucede el legitimado per subsiguiente matrimonio; porque tiene tal fuerça, que aunque se contraya despues de nacidos los hijos, el derecho los legitima, y haze que el matrimonio se retrotrayga ad tempus natiuitatis, vt probatur *in dict. cap. tanta, l. si totas, C. de inoffic. donat. cum ibi notatis à Salicet. nu. 2. cap. cum in cunctis, iuncto cap. in notuit, cum glos. ibi verb. coniugata, de electione, cum notatis ibi ab Antonio de Butrio, Imola num. 13. Decius in dict. cap. cum in cunctis, num. 24.* que ponderan ambos textos para esta conclusion; porque en el vno se requiere, que el elegido para Obispo sea legitimo, y de legitimo matrimonio nacido, y el otro admite el legitimado por subsiguiente matrimonio, teniendole al tal legitimado por nacido de legitimo matrimonio, por el efeto que obra el matrimonio subsiguiente.

16 Y esta opinion constantemente tienen los Doctores, que mas han dispu-

... verdad desta question, *ut per Natta cons.121. num.13. Sforcia de compendiosa, par.6. quæst. fin. conclus.7. vers. Quartus casus, fol. mihi 132. Bursat. consil.1. num.28. & cons.10. num.9.* vbi asserit, *Dubitandum nõ esse, quòd recto calculo DD. inito maior pars de communi, & communiori opinione affirmant, & consil.18. n.7.*

17 Et quòd hæc est verior opinio, & sequenda, tenet *Alex. cons.5. num.3. lib.7. & ibi additio Gabriel. cons.21. num.39. lib.1.*

18 *Laderchio consil.24. num.36. versic. Sed præterquam, & num.50. vers. Quocirca asserens ex legibus, & Canonibus apparere opinionem, hanc esse verissimam, & DD. qui contra tenent, euertere dispositionem Pontificiam, & Imperialem, & subductis multis tenentibus cõtrariam, qui aut sunt sibi contrarij, aut ex suis traditionibus falso loqui constat, aut in diuersis terminis loquuntur.*

19 *Caualcan. decis.32. num.12. versic. Et sic apparet, par.3.* vbi dicit esse magis communem, veram, æquam, fauorabilem, & obseruatam opinionem, & sequendam, & tenendam à veris & timoratis iudicibus.

20 *Lancellot. Gallia cons.122. num.19. per totum*, vbi dicit hanc opinionem magis veram, æquam, receptam, fauorabilem, & obseruandam, & tenendam à veris & timoratis iudicibus, que es lo mismo que dixo Caualcano.

21 *Menoch. qui in eadem facti specie cum Gallia consuluit, cons.799. nu.8. lib.8. & prius cons.227. num.64. lib.3.*

22 *Peregrin. de fideicommis. art.24. ex num.14.*

3 *Lupo de illegitim. comment.4. §.3. num.13. & 14.* vbi post longam disputationem ita concludit.

3 *Merlino in tract. de legitima, lib.1. tit.2. quæst.7. n.10 & 11.*

4 *Gratian. lib.3. disceptat. forens. cap.468. num.53.*

5 *Balthasar Thomasius, tract. de legitimat. tit.9. num.61. pag.28. & nu.68. & num.77. vers.49.* amplia, que habla in indiuiduo en disposicion de mayorazgos, pro filijs legitimis, & de legitimo matrimonio procreatis.

6 *Marescot. lib.3. variar. cap.18. ex num.45. Menoch. de præsumpt. lib.6. præsumpt.81. ex num.4.*

7 *Deciano responso 33. nu.3. tom.5. Hodierna ad Surd. decis.319. sub n.3.* que repruena la misma decision en quanto votò contra el legitimado, y el mismo *Surd. consil.213. num.21.* es en fauor del legitimado, y dize, que *Menoch. y Cephalo*, y otros que aconsejaron contra el legitimado, fue siendo moços, y que siendo mas viejos escriuieron en su fauor, idem refert *Lother. de re benefic lib 2. q 43. n.91. pag.633.*

8 Et ex Doctoribus Hispan. han tenido constantemente esta opinion

For-

Fortun.Garcia in l.Gallus, §. & quid si tantum, n.267.vers. Ex superioribus infero, de liber. & posthum. Gregor. in l.1.tit.13.par.4.glos.1.verb. Y se casò con ella, vers. Quartò limita, Molin.lib.3.cap.1.num.10. vbi tradit hanc opinionem esse indistinctè veram, & pro ea sæpiùs iudicatum, *Couar.in 4.2.par.c.8.§.2.nu.30. Mieres 2.par.quæst.1.n.4.& nu.23.in 2.editione, Villalobos in commun. opinionibus, verb. legitimatus, versic. Sed maior est difficultas, & vers. Legitimatus per subsequens matrimonium admittitur, Garcia de nobilitate, glos.21.num.22.& 62. Aluarado de coniectur. mente defuncti, lib.2.cap.3.num.9. Ceual. commun. quæst.2. à n.66. Garcia de benefic. par.7.cap.2.n.43.* vbi dicit, quòd hæc opinio in Hispania semper practicatur *Rocus de Vergas in repet. cap. tanta qui filij sint legit.num.80.* vbi idem dicit addens *ab hac opinione non posse recedi propter auctoritatem Gregor. Lopez, Couar. & Molinæ,* & in materia stricta, & statutaria, idem resoluit *Hieronym. Campanil diuersorum iuris Canonici, rubrica 11 cap.13.num.128.*

29 Y los similes antiguos y modernos del Consejo han sido siempre en fauor de los legitimados, no solo en clausulas como las nuestras, sino en mucho mas apretados terminos, como en el caso del mayorazgo de los Prados de Merida, y en el de don Marcos de Zuñiga, y en el de don Fernando Maldonado, vezino de Seuilla, y en el pleyto del Condado de la Puebla, donde se ponderaron tantas congeturas y circunstancias contra el legitimado, y sin embargo se obtuuo sentencia de tenuta, y en el pleyto de don Pedro del Alcaçar, vezino de Seuilla, donde tambien se votò por el legitimado.

30 Los fundamentos desta opinion, que nacen del cap. tanta, qui filij sint legit. y de los textos desta materia, me desobligã de referir *Castillo tom.4.dict.cap.31.ex n.2. Fusario de substitut. quæst.409.ex num.3.* porque los juntan largamente.

31 Y aunque *Castillo dict.cap.31.* refiere, que en Seuilla se juzgò contra el legitimado en aquel caso, sin embargo *num.105.vers. Secundus casus est adhuc, con Bursato, y otros,* se inclina en fauor del legitimado, *& tom.5.cap.75.per totum,* mudò totalmente de opinion, y votò en fauor del legitimado, *& cap.105.num.34. & 35* donde dixo lo mismo, con lo qual breuemente se responde à *Bald.cons.376.lib.5.* y los demas Autores de la opinion contraria.

32 Porque contra si tienen los textos fundamẽtales desta materia, y las razones dellos, vt ponderat *Petr. Anton. Anguisola cons.74.n.4.lib.6.*

33 Y vistos originalmente los dichos Doctores, hablan en diferentes casos, como respondiendo a ellos lo aduierte *Bursato dict. consil.17.& 18. Laderchio cons.24.num.54.*

B Nem-

34 Nempè en la legitimacion por *rescripto*, que no es tan fauorable ni poderosa, *vt per Couarr. in 4. 2. part. cap. 8. §. 2. num. 30. Decian. d. respōso 33. num. 13.* y aun en estos terminos la *Rota per Farin. decis. 600. num. 3. part. 1. in posthumis*, admite al legitimado per rescriptum, o quãdo expressamente estan exclusos los legitimados por subsiguiente matrimonio, como en el caso de Afflictis, y demas Doctores citados, num. 55.

35 Y por esta opinion pondera *Laderchio d. cons. 24. num. 54.* que el que dize nacidos de legitimo matrimonio, dize tambien legitimos, & cùm hæc verba sint synonyma, potiùs est inculcare verba, quã geminare, cũ nemo possit nasci ex legitimo matrimonio, quin sit legitimus, & ob id cùm sit expressio eorum, quæ tacitè insunt, nihil asserta geminatio operatur, *l. 3. ff. de legat. 1.* eandem rationem *probat Anguisola dict. cons. 74. num. 6. lib. 6.*

36 Quod confirmatur, quia geminatio verborum nihil operatur quando proferuntur plura verba synonyma idẽ significantia, quia potiùs ponuntur gratia tollendæ dubitationis, quàm augendæ dispositionis, *l. 1. §. sed sciendum, ff. de ædelit. edict. Abb. in cap. solite, de maioritat. & obendient. & in cap. certificari de sepulturis.*

37 Et in terminis considerò esta respuesta *Marcabruno ab Anguillis cons. 73. num. 52. vers. Quartò respondeo*, que dize, que estas palabras legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, son synonymas, y q̃ se ponen causa tollendæ dubitationis; *Sforcia d. col. fin. totius operis in tract. de cōpendios. 1. vers. Quartus casus principalis, Bursat. cons. 18. numer. 19. vers. Accedo ad septimum, Marescot. lib. 3. variarum cap. 8. num. 50. & 51.* vbi probat, quòd hæc verba geminata solùm operantur exclusionem legitimatorum per rescriptum.

38 Præterea, estas palabras legitimos y de legitimo matrimonio nacidos, se presume, que se ponen por los escriuanos, ex suo capite por nota ordinaria, mas que por voluntad del testador, que de ordinario, como personas idiotas ignoran la fuerça de la geminaciõ, y assi respeto dellos mas es inculcacion de palabras, que no aumentar la disposicion.

39 Con lo qual tambien se satisfaze al fundamento mas principal de los autores contrarios, que es, que las dichas palabras, *de legitimo matrimonio nacidos*, no obrarian nada, & essent sine effectu, si no siruieran de excluir al legitimado por subsiguiente matrimonio, porque harto obran para significar la voluntad del testador, porque en apelacion de hijos legitimos se comprehenden los legitimados por rescripto, y el añadir las dichas palabras es para excluirlos, vt respondet *additio ad Alex. cons. 5. lib. 7. Sforcia de compendiosa in vltimo folio totius operis, num. 7. vers. Ego contrarium teneo, Bursat. d. cons. 18. n. 19. vers. Nec repugnat, Laderchio*

conſ.24.n.55.Anguiſol.conſ.74.lib.6.Marcabruno conſ.73.num.39.& 52.verſ.Secundò reſpondeo,Lupo de illegitim.com.4. §.3.nu.14.ad finem, verſ.Nec aliter.

40 Y quando en terminos de derecho comun tuuiera eſta queſtion dificultad en Eſpaña,paſſara ya ſin ella por auerſe juzgado tantas vezes por el legitimado con clauſulas mas preciſas y repetitiuas que eſtas, *vt per Molin.lib.3.cap.1.n.* 10.y en los demas caſos referidos,num.29.

41 Y tambien ſe ha juzgado lo miſmo en diferentes Tribunales, *vt per Burſat.conſ.10.ad finem,lib.1.*vbi dicit, ſic fuiſſe iudicatum per delegatos Cæſareæ maieſtatis,*Caualcan.deciſ.32.num.6. verſ.Quod in materia ſtricti iuris part.3.*vbi dicit fuiſſe iudicatum pro *conſilio Deciani 5.n.63. vſque ad finem,lib.1.*& in Senatu Mediolanenſi ita teſtatur iudicatum *Carpan.ad ſtatuta Mediolanenſ.part.1.cap.114.nu.47.& ſeqq.& n.89.* & ita etiam iudicatum refert *Laderch. conſ.24. in finalibus verbis*; & apud Senatum Burdegalenſem,*vt teſtatur Bober.deciſ.159. nu.5. & Pedemontan. apud Cacheran. deciſ.154. num.5. & per totam, & Papiæ, vt tradit Roueſcala ad Bald.conſ.364.volum.5.pagin.14.*vbi dicit,*in illa ciuitate Papiæ iudicari contra conſiliũ Baldi,& quòd ita practicatur propter vim matrimonij.*

42 El tercero caſo es,quando el llamamiento de los hijos es con la calidad del ſegundo caſo:y ſe añade la palabra, *Procreados,* de que algunos autores infieren,que la procreacion requiere que aya legitimo matrimonio entre los padres al tiempo del nacimiento.

43 Y antes de reſoluer eſte caſo,ſe aduierte, que el fundador ſolo puſo la palabra,*Procreados,*en el llamamiento de don Gonçalo de Hozes ſu hijo mayor,y ſus deſcendientes,mem.num.5. y no en todos los demas llamamiẽtos que hizo de los demas hijos,y a falta,del pariente mas cercano, y aſsi no ſe ha de repetir la dicha palabra y calidad de *procreados*, en los vlteriores por la regla de la *l.quæ conditio,ff.de cond. & demonſtr.* y por la que conſtituye *Molin.lib.3.cap.5.num.56. verſ.Sed quamuis, & num.57.& 58.*donde prueua,que en los mayorazgos las calidades y cõdiciones pueſtas en vn grado no ſe repiten en otro,y en la calidad de legitimidad prueua eſta concluſion *Socin.ſenior conſ.63.num.19. verſ.Cõſiderandum tamen,vol.3.Ruin.conſ.161.num.19.& 20.volumin.2.Socin.iunior conſ.77.num.16.verſ.Maximum, & ſub num.22. verſ.Sed non eundo lib.3. Berreta conſ.29.ſub num.18. verſ.Secundò ſi daretur fideicõmiſſum,Maçolo conſ.117.num.49.cum ſeqq. & num.fin. Decian. conſil. 33.num.45.volum.5.*

44 Et magis in noſtris terminis *Leon deciſ.Valentiæ 93. part.1. ex num. 26.cum ſeqq.*donde dize,que la calidad de legitimo matrimonio nacido

y procreado, puesta en vn llamamiento no se repite en otros.

45 Y aunque contra esta resolucion se suele alegar a *Molina lib.3.cap.3. sub num.34.y a Manento consf.135.lib.2.* estos hablan en la calidad de legitimidad, que es fauorable, & iuxta naturam maioratus, porque como para suceder vno necessita de ser legitimo, el dezirlo en vna clausula es bastante conjetura que el fundador quiso que todos tuuiessen esta calidad.

46 At verò en nuestro caso el legitimado es vere & proprie legitimo, y el quererle excluir con la palabra, *Procreados*, es calidad odiosa contra legitimitatem, y assi no se deue repetir, *vt per Leon dict. decis 93.nu.31. cum duobus seqq.*

47 Nec obstabit si replicetur, que en este llamamiento de don Francisco de Hozes, aunque no està puesta la palabra, *procreado*, està repetida con la diccion, como dicho es.

48 Porq̃ en las clausulas antecedentes solo està dicho, q̃ el hijo aya de ser de legitimo matrimonio nacido; y no legitimado sin la calidad de procreado, & relatio debet fieri ad proxima, & non ad remota, especialmẽte quando de la tal relacion se induze correccion del derecho comun, o de alguna disposicion fauorable, *vt per Alexand. consf.48. num.14. lib. 1. Galganeto de condit. part.2. cap 6. quæst.5. num.23. pag.254.*

49 Y auiendo de muchas calidades puestas en lo precedente referido algunas en la vltima clausula, añadiendo, *como dicho es*, solo se ha de referir a las que expressa quasi videatur cæteras omittere *Mantica de conjecturis vltimarum voluntat. lib.10. titul.6. num.30. circa finem, Riminald. iunior consf 112. nu.60.61. & 62. lib.2. Gerius Spinus Florent. consf.13. nu. 15.* y quando ay especial determinacion en la clausula perfecta donde se haze relacion a otra, no obra nada la relacion, *vt per Galganet. d.q.5.n. 8. pag.353. & num.21. pag.354. Barbos. de dict. dictione 183. n.8.* y assi teniendo el llamamiento de don Francisco de Hozes perfecta disposiciō en quanto a el, y sus descendientes, y con calidades limitadas no se ha de hazer relacion a la vnica que se puso al primer llamado.

50 Sed quamuis la calidad de procreado estuuiesse puesta especialmente en el llamamiento de don Francisco de Hozes, padre de don Fernando (que no està) adhuc el matrimonio subsiguiente que obra, que los hijos sean nacidos de legitimo matrimonio, vt in casu præcedenti, obra tambiē que sean procreados de legitimo matrimonio, etiam in specto principio nascendi, *Abb. in cap. tanta qui filij sint legitimi num.10.* & tradit *additio ad Alexand. consf.5. lib.7. Menoch. consf.237. num.64. lib.3.* donde defiende al legitimado in specie statuti loquentis de nato & procreato ex legitimo matrimonio.

51 Y auiendo opuesto de la geminacion, responde a ella, num. 69. *& de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 81. num. 26. Bursat. conf. 18. n. 17.* donde pondera, que si por el cap. tanta el matrimonio tollit omnia vitia præcedentia, lo mismo obrara, quòd opponantur verba geminata, aut replicata, *Lupo de illegitimis, comment. 4. §. 3. num. 13.* vbi post longam disputationem hanc sequitur opinionem *Molina de Hispanor. primog. lib. 3. cap. 1. num. 10.* donde pone la question, vbi fuit vocatus filius legitimus, cum adiectione, natus & procreatus ex legitimo matrimonio, y vota por el legitimado, *Merlino de legitima, lib. 1. tit. 2. quæst. 7. num. 11.* donde pone el caso, quando filius vocatus fuit cum qualitate, quòd esset natus de legitimo matrimonio, & procreatus, y el mismo caso pone *Marescot. lib. 3. cap. 8. ex num. 42.* & post longam disputationem determina por el legitimado, *Balthasar Thomasius in tract. de legitimatione, tit. 9. cap. 1. nu. 68. pag. 29. & tit. 14. cap. 11. num. 282. pag. 100 Fusar. de substit. quæst. 409. num. 47. & 48. Mieres 2. par. quæst. 1.* donde auiendo traido la opinion de los que resueluen, que en la palabra, nacido y procreado, no se comprehende el legitimado, dize num. 5. *Limitatur tamen, nisi filij sint legitimati per subsequens matrimonium, Barbosa in cap. tanta qui filij sint legitimi, num. 26. Gregor. in l. 2. tit. 15. par. 2. glos. 10. quæst. 12. num. 7. Peregrin. art. 24. nu. 39. Molfesio ad consuetudin. Neapolit. par. 2. de personis, quæst. 10. num. 11. tom. 1. Aluarado de coniectur. mente defuncti, lib. 2. cap. 3. num. 9. versic. Sed pro prima parte*, y otros muchos Doctores que refieren estos, resoluiendo, que la palabra, procreado, no induce cosa perjudicial al legitimado.

52 Nec etiam ex vi geminationis, inducen cosa perjudicial estas palabras contra el legitimado, quia non est dare medium; porque ò el testador quiso excluir al legitimado, y pudo hazerlo facilmente, expressando no sucediesse el legitimado por subsiguiente matrimonio, & imputet sibi, que no lo dixò, vt notatur in *l. vnica, § sin autem ad deficientis, C. de caduc. tollend. cap. inter corporalia, vers. Vndè si circa, de translat. Episcopi, & ea quæ notabilia sunt, nisi specialiter notentur, videntur quasi neglecta, l. item apud Labeonem, §. ait Prætor, ff. de iniurijs, Menoch. conf. 1. n. 178. & conf. 1157. num. 14. vers. Secundò obijcitur, vol. 12.* ò no quiso excluir al legitimado, ni tuuo tal voluntad, tunc enim res relinquitur sub dispositione iuris communis, ni tampoco se pudiera tener por geminacion, ni enixa voluntad el auer puesto la dicha calidad en todos los llamamientos de los seis hijos; porque como en los mayorazgos cada persona de los llamados constituye diuerso llamamiento, y son tantas las donaciones como los llamados, *vt per Molin. lib. 1. cap. 1. n. 17.* no es geminacion poner en cada llamamiento la calidad q̃ quiso el fundador, pues

cada vna tiene diuerso tiempo y caso, y es distinto, aũque sea en vna misma escritura, *l. qui fundus, ff. de condit. & demonstrat. l. qui ex fratribus 24 ff de condit. & institut.* y si en cada llamamiento no se pusiera la calidad de legitimo matrimonio, entraramos en la duda propuesta, nu. 43. y el repetir la dicha calidad en cada substitucion, fue para quitar la dicha duda: vndè ex eo non potest noua dispositio induci, *l. quæ dubitationis, ff. de regul. iuris, l. 1. §. sciendum, ff. de ædilitio edicto.*

13 Y siendo como es estilo ordinario repetir en cada llamamiento la calidad los fundadores, nullius momenti est talis repetitio, *ex doctrina Bart. in l. 1. quæst. 6. C. de iure codicillorum communiter recepta, vt per Paris. consil. 19. num. 20. lib. 3.*

14 Y como dize *Bursato cons. 18. num. 15. & 16.* los Doctores que hazen fundamento contra el legitimado in geminatione verborum, no lo disputan ex proposito, y lo dizen obiter, & per transenam, disputando la question principal, en que excluyen al legitimado, y vienen à hazer ponderacion desta geminacion, etiam hoc remanet probatum, & ibi dictis addendus est *Thomas tract. de legitimat. tit. 14. cap. 11. num 282. pag. 100.* donde cõ mucho numero de Doctores resuelue, que no obra nada para exclusion del legitimado la geminacion de las palabras.

15 El quarto caso es, quando en la clausula està excluso el legitimado, y se duda, si la exclusion se deue entẽder respeto del legitimado por subsiguiente matrimonio, ò legitimado por rescripto, in quo vera, & communis resolutio est, que estas palabras, como las demas, solo siruen de excluir al legitimado por rescripto, y que para excluir al legitimado por subsiguiente matrimonio, es menester expressa disposicion, *Isernia in cap. 1. §. naturales, si de feudo defuncti controuersia sit, num. 9. Afflictis in dict. §. naturales, notab. 5. sub num. 3. pag mihi 434.* ibi: *Ego verò sum cum opinione D. Andreæ, videlicet, quòd legitimatus per subsequens succedat in feudis, data etiam inuestitura prædicta, nisi expressè contrarium appareat ex forma inuestituræ, puta quia diceret volumus, quòd legitimatus per subsequens matrimonium non succedat, Bamacarius in dict. § naturales, quæst. 2. num. 18* ibi: *Per alias clausulas, quamtumvis generales, nõ excluditur legitimatus per subsequens, nisi de expressa mente constaret, additio ad Alexan. consil 5. lib. 7. litera* B. ibi: *Nec est præsumendum, quòd testator per clausulas quascumquè generales (nisi & hunc casum expresserit) voluerit derogare iuri communi, Mieres de maiorat. 2. par. quæst. 1. num. 38. in 2. editione, Lupo de illegitimis, commentar. 4. §. 3. n. 10. vers. Aduertendum est tamen, pag. 263. & num. 16. & 17. pag. 266. vbi optimè declarat Marescot. variar. lib. 3. cap. 18. num. 51. Petra de fideicommiss quæst. 111. n. 239. vers. Vigesimatertia conclusio, Menoch. cons. 227. nu. 18. lib. 3. Rosental de*

*feud.cap.7.concluſ.19.num.32.pag.312.*ibi: *Nec veriſimile ſit contrahẽtes hoſpeiore conditione, quã legitimè natos eſſe voluiſſe, niſi id apertè dixerint, Rocus de Vergas in repetit.dict.cap.tanta, n.82.in fin.*

56 Et in indiuiduo, quòd quando excluditur expreſsè legitimatus, hoc intelligatur de legitimato per reſcriptum, & non per ſubſequens matrimonium, *Menoch.conſ.799.num.17.vol.8.*& in ſtatuto excludente legitimatos, ita arguit *Gratian.tom.4.cap.754.num.13.*

57 Eſto ſe confirma con el caſo que pone *Theſaur.deciſ.196.* que vota contra el legitimado, quãdo demas de las dichas palabras ſe añade, *verè & non fictè,* porque en eſtos terminos la mas comun opinion es contra *Theſaur.* quòd ſuccedat legitimatus per ſubſequens matrimonium, *vt per Lup.de illegit.com.4.§.3.num.16.*

58 *Roueſcala ad Bald.volum.5.dict.conſil.364.pag.14.*

59 Y en el miſmo caſo de *Theſaur.Bald.conſ.213. punctus, quidam ſubſtituit, vol.5.* reſuelue, que la ſubſtitucion de los nacidos de vero matrimonio ſe verifica en el legitimado por ſubſiguiente matrimonio, *Tuſch. tom.5.litera L.concluſ.238.num.10.*

60 *Gutierrez de matrimon.cap.74.num.14.* donde vota por el hijo legitimado, aunque el llamamiento ſea de hijos legitimos, y de legitimo matrimonio nacidos, & non aliàs.

61 La razon deſto es, porque la legitimacion que obra el ſubſiguiente matrimonio es verdadera, & non ficta, y la palabra, *habeantur del cap.tãta,* ſignifica propiedad, y no ficcion, vt probat *Abb.ibi num.4. Barboſa n.14.Barbac. in l. cum acutiſsimi, ex num.241. C.de fideicommiſ. Couar. in 4.2.par.cap.8.§.2.num.26.* & poſt longam diſputationem *Lotherio de re benefic.lib.2.quæſt.48.ex num.8.Belleta diſquiſit.clericales, par.1.§.3.num.20.Mareſcot lib.3.cap.17.ex num.46.vſque ad 53.Gregor.in l.1. tit.13.par.4.gloſ.7.verb.Son legitimos.*

62 Y nueſtra *ley de Partida 1.tit.13.par.4.* no dexò eſto en duda, porque la palabra, habeantur del cap.*tanta,* la trasladò con la palabra, *Son legitimos.*

63 Ex quibus omninò conſtat, que en los quatro caſos conſiderados, cõ que ſe abraçan todas las queſtiones deſta materia, el hijo legitimado tiene claro derecho para ſuceder, y aunque el llamamiento contenga todas las palabras de los dichos quatro caſos juntas, como lo reſuelue *Molina lib.3.cap.1.num.10.* y los Doctores citados en cada vno dellos.

64 Hazenſe contra eſta reſolucion dos opoſiciones. A q̃ ſe reſponde mas por no dexarlo de tocar, q̃ por neceſsidad, porque tienen facil reſpueſta.

65 La primera es, que el matrimonio ſe contraxo in articulo mortis, & ſic in fraudem ſubſtituti.

66 La segunda, que doña Agustina de Cortes no tenia tanta calidad como el dicho don Francisco de Hozes, padre de don Fernando.

67 En la primera oposicion se entra con presupuesto de hecho, no cierto, porque el matrimonio se contraxo en 21. de Febrero de 632. memorial num. 26. y el dicho don Francisco murio en 2. de Março de 632. me
68 mor. num. 17. al fin. y assi huuo onze dias de espacio del matrimonio a la muerte, porque fue el año bisiesto, y tuuo Febrero 29. dias, y està prouado por don Fernando, memor. num. 77. que no estaua en el articulo de la muerte, ni se tenia por cierto moriria de aquella enfermedad, & sic no se contraxo in articulo mortis, aũque estuuiesse enfermo, porque para estar in articulo mortis, ha de estar no solo desesperado de la salud, sino agonizando y peleando con la muerte, vt tradit *Anton. de Rosel. de legitimat. §. de causa materiali legitimationis, vers. Oppositum tamen, nu. 40. Fanutio in tract. de momento temporis cap. 5. numer. 14. vers. Sed in his distinguendum, Bursat. cons. 40. numer. 64. & 65. Polidor. Ripa de gestis in articulo mortis cap. 1. num. 8. & 15. Giurb. ad statuta Messanens. cap. 2. glos. 4. num. 5. in fine.*

69 Y quando el supuesto fuera cierto, y que estuuiera in articulo mortis don Francisco, adhuc fuera valido el matrimonio, y quedara como lo està legitimado don Fernando, porque no comete fraude el que vsa de su derecho, etiamsi in consequentiam resulte el perjuizio de tercero, vt tradit *Ioan. Andr. in cap. 2. de frigidis, & malefic. & in cap. tanta qui filij sint legitimi, Butr. in eisdem cap. Abb. in cap. commissum de sponsalibus notabili 1. & in cap. 2. de frigidis notabili 3. & in d. cap. tanta num. 3. & ibi Zauarel. circa finem, vers. Pone quòd in extremis, & ibi Præpositus num. 6. vers. Ex quo infero secundum Ioannem Barbos. in d. cap. tanta num. 8. Zeno in l. nuper, C. de naturalibus liberis Bald. cons. 319. nu. 3. lib. 4. vers. Super tertio, Couarr. in 4. 2. part. cap. 8. §. 2. num. 10. Molin. de primogen. lib. 2. cap. 5. num. 25 & 26. Dueñas regula 350. limit. 1. num. 21. vbi sæpius vocat communẽ Roderic. Suarez, ad titul. de los pleitos l. 9. num. 10. Thomas Sanchez lib. 7. disput. 105. numer. 8. Menoch. de præsumpt. lib. 5. præsumpt. 5. num. 16. Lup. de illegitim. commentar. 4. §. 1. num. 17. & num. 19. Marescot. lib. 3. variar. cap. 18. num. 14. Bamacario de feudis ad titul. si de feudo defuncti contentio sit, quæst. 7. num. 52. Merlin. de legitim. lib. 1. tit. 2. quæst. 7. num. 27. Cancer. lib. 3. variar. cap. 11. num. 243. vbi optimè declarat, D. Præses Valençuela cons. 66. num. 3. Castillo in l. 12. Tauri nu. 35. vers. vltimo quæro, numquid prole suscepta, Cifuent. in d. l. 12. nu. 13. vers. Item nota quòd matrimonium, Antonio Gomez in l. 9. num. 58. Gregor. Lopez in l. 1. titul. 13. part. 4. glos. verbo se casa con ella, Fusar. de substit. q. 409. n. 80. & alij infiniti consulto omissi.*

70 La ſegunda opoſicion tiene menor fundamento, y porque [illegible] tuuieramos en el caſo della para que el hijo ſea natural ſolo ſe requiere que los padres quando nace ſean ſolteros, y ſe legitimen por ſubſiguiente matrimonio, non attēta qualitatum diſparitate, como el exemplo q̃ refiere la *gloſ. del cap. nam omnis in verbo conſtituent* 32. *q*. 2. del matrimonio q̃ Abrahã contraxo con Agar ſu eſclaua para legitimar a ſus hijos *cap. penult. & fin. de ſecundis nuptijs, Tiraquel. de nobilitate cap.* 15. *num.* 23. *in fine, Couarr. in* 4. 2. *part. cap.* 8. §. 2. *num.* 9. *l.* 1. *titul.* 13. *part.* 4. *Sanchez de matrimonio lib.* 3. *diſput.* 44. *num.* 2. *colum.* 3. *illius numeri, verſ. Et ſimiliter, pag.* 650. *& lib.* 7. *diſput.* 20. *num.* 12. *Barboſ. in d. cap. tāta num.* 6. *Mareſcot. lib.* 3. *variar. cap.* 18. *nu.* 21. *Gratian. lib.* 4. *diſcept. forenſ. cap.* 653. *num.* 10. *& num.* 13. *Paul. Æmil. Gallo de except. excep.* 2. *num.* 90. *Lupo de illegitim. comment.* 2. §. 3. *num.* 55. *verſ. Et licèt, & verſ. Tamen, Anton. Gomez in l.* 9. *Taur. num.* 59. *Rota apud Farin. deciſ.* 662. *num.* 5. *tom.* 1. *in poſthumis, Fuſar. de ſubſtit. q.* 409. *ex num.* 95. & plures alij conſultò omiſsi, ſin que aya nadie que diga lo contrario.

Reſpueſta a la ſegunda opoſicion.

71 La materia deſta opoſicion es mas difuſa, y para mayor breuedad y claridad ſe diuide en tres puntos.

72 En el primero ſe aſſentarà, que nó eſtà prouada la amiſtad ilicita entre don Diego Gonçalez de Hozes, ſobrino de dō Franciſco de Hozes, y doña Aguſtina de Cortes, madre de don Fernando.

73 En el ſegundo, que quando eſtuuiera prouado, no impidiera la legitimidad del dicho don Fernando.

74 En el tercero, que en qualquier ſuceſſo el Conſejo nó tiene juridiciō para conocer de la nulidad deſte matrimonio, ſino ſolo para meter en poſſeſsion del mayorazgo al que eſtà en quaſi poſſeſsion de legitimo.

PVNTO PRIMERO.

75 Los teſtigos que deponen deſta ilicita amiſtad entre doña Aguſtina, y don Diego de Hozes, ſon tres.

76 Maria de Soſſa, memor. num. 37. Antonio Portela num. 40. Aciſclo de Caſtillejo num. 41. de los quales nò ſe puede ſacar prouança de la di-
77 cha amiſtad; porque teniēdo en ſu fauor don Fernādo de Hozes vn matrimonio verdadero para anularle y deshazer los efectos del, no obſtan qualeſquier teſtigos, ſino que han de ſer integræ opinionis, & omni exceptione maiores *cap.* 1. *de conſanguinit. & affinitate, Couarr. de ſponſa-*

 libus.

num.30.cum sequent.Mascard.tom.3.conclus.1396.testes omni exceptione maiores,num.1.Riccio decis.9.n.6.par.2. inter decis.Curiæ Archiepiscop. Genuens.in praxi Archiepiscop.cap.21.num.4. 5.& seqq.Farinac.de testibus,quæst.62.num.106.& decis.610.n.1.par.2.in posthumis.

8 Y esta calidad,que los testigos son omni exceptione maiores,la ha de articular y prouar el que los presenta, porque no se presume de derecho,*Angel.in l.1.§.si quis neget. ff. quemadmodum testamenta aperiantur,Mascard.conclus.1023.num.16. plenè Barbosa in collectanea ad cap. 1.de consanguinitat.& affinitat.num.11.& 12.*

9 Y el testigo contra quien se puede oponer algun defeto, non dicetur omni exceptione maior,*cap.licèt causam de probation.Couar.d.§.12.nu. 8.Sanchez lib.2.disputat.45.num.30.& cum alijs Barbosa in dict.cap.1.n. 9.& 10.* y con ser esto asi, don Fernando ex abundanti ha eneruado la prouança de la asserta amistad, ex sequent.

0 Lo primero,porque precedio al examen de los testigos el despachar el Ordinario de Cordoua censuras generales para prouar esta amistad à pedimiento de don Iuan de Castilla,memor.num.32. y en virtud destas censuras parecio a dezir Maria de Sosa,memor.nũ.37. y otros testigos, en que don Fernando de Hozes puede muy justamẽte quexarse, y exclamar contra la injusticia del Ordinario,pues no ay cõclusion mas sabida en esta materia,que no se pueden expedir censuras siendo infamatorias, ò contra la honra de alguna persona, ò personas particulares, *vt post Siluam nuptialem,*& alios tradit *Genuens.in praxi Archiepiscop.cap.1.n. 6.& 7.*vbi notat,quòd nec etiam sunt cõcedenda monitoria, si sunt criminosa,& contineant alicuius delictum,*Lacario de monitorio, section.1. quæst.10.num.7.Riccio decis.219.n.4.& seqq.tom.1.inter decisiones Curiæ Archiepiscop.Barbosa de Episcop.allegat.96.num.33. vbi n.32. addit,quòd in causis criminalibus non possunt dicta monitoria decerni.*

1 De que resulta,que todos los testigos que vinieron à dezir en virtud destas censuras,ignorãdo su injusto despacho, y que no les ligaua,no hazen fee,porquè no es justo que la parte saque conmodo de su hecho cauiloso,*vt per l.maritus,ff.de quæstion.notat Bald.in l.1.C.eod. tit.num.2.* dicens: *Quòd testis qui non debet examinari,si de facto examinetur,nihil probat,Felin.in cap.cùm dilecti de accusat.col. penult.limitat.3.* vbi, quòd quando lex resistit examinationi testis, qui non debebat examinari, si examinetur,nullum facit iudicium,*Paris.cons.58.vol.4.n.52.Monticello de testibus, pag.268.vers.Testes impugnantur, qui nulliter erant examinati,Giurba cons.37.num.34.*

2 Sin que obste replicar, que estos testigos estan ratificados en este juy-

zio;

zio; porque lo q... ra atemorizar testigos ignorantes, y hallar por ventura por este medio los que no se hallaran por los medios ordinarios.

83 Y tambien es necessario, que en la ratificacion no solo se les lea su dicho, y se ratifiquen en el, sino que han de dezir de nueuo al tenor de las preguntas del juyzio secular, como si no huuieran dicho a las censuras, vt post *Osasc.decis.* 128.*num.* 13. quem & alios refert *Lacario de monitor. sect.* 4.*quæst.* 9.*num.* 3. & plenissimè *Barbosa dict.allegat.* 96.*nu.* 36. & pro regula constituit *Hostiens.in cap.nihil obstat, de verbor. significat.num.* 2. *& sequent.* que el testigo examinado en otro fuero, para que haga fee entre los litigantes, es necessario que diga de nueuo su dicho, sin q̃ baste referirse al primero, ni ratificarse en el, quod sequuntur *ibi Ioan. Andr. n.* 3. *Butr.n.* 3. & plenè exornat *Riccio decis.* 378.*n.* 2. *vsque ad fin. tom.* 4. *inter decisiones Curiæ Archiep.* y es cierto, que ninguno de los testigos destas censuras dixo de nueuo, como los Doctores requieren.

84 Lo segundo, tampoco se les puede dar fee a los dichos testigos.

Porque Maria de Sosa, memor.num.37. es enemiga capital del dicho don Fernando, por la causa de querella que dio la susodicha en el Consejo, referida a la margen dict.num.37. y assi no haze fee, *l.* 3. *ff. de testib.* ibi: *Vel an ei inimicus sit, l.* 22. *tit.* 16. *par.* 3. que exemplifica la enemistad capital, quando el testigo trae pleyto con la parte contra quien dize, porque mereceria pena de destierro, si el delito fuesse prouado, & ibi notat *Gregor. glos.* 2. donde con *Innocent.* dize, que aunque la enemistad no sea capital, se detrae mucho de la fee del testigo, *Farinac.de testibus, quæst.* 53.*nu.* 30. donde dize, que no es necessaria enemistad formal, porque basta odio, ò no beneuolencia de la persona contra quien depone, *& num.* 53. que en las causas graues, donde los testigos han de ser mayores de toda excepcion, qualquiera enemistad repele al testigo.

85 Tambien està prouado, que la dicha Maria de Sosa es muger vil y baxa, demandadera de frayles y monjas, y que por qualquier cosa que la diessen diria falso: y muchos testigos de oìdas dizen, que doña Maria de Figueroa, madre de don Iuan, le dio media fanega de harina porque dixesse su dicho, *l.* 3. *in principio, ff. de testibus, l. si testes, §. testium fides* 4. *quæst.* 3. *cap. in literis de testibus*, donde se prueua que los pobres no son idoneos testigos en causas graues, *Farinac. de testibus, quæst.* 57. *num.* 1. *& sequen. & nu.* 28. in nostris terminis prueua, que no son testigos idoneos in causis matrimonialibus, y en los testigos viles, *ex n.* 54. prueua latamente, que no se admiten por testigos.

86 Tambien està prouado, q̃ la dicha Maria de Sosa es borracha, mem. a la margẽ, n. 37. cõ q̃ no se le puede dar credito, *vt per Farin. q.* 56. *n.* 434.

Y quan-

dubio repelletur à testimonio *Farin.d.q.57.n.46.*

88 Tambien consta de la ratificacion de la dicha Maria de Sossa, memor.nu.39.que dio leche a don Iuan de Castilla, que es otra tacha considerable, *vt per Farin.q.54.n.161.cùm seqq. vbi n.167. post longam disputationem concludit, quòd licèt alumnus, vel nutritor, aut nutrix simul nõ cohabitent, numquam reputantur integræ opinionis.*

89 Tambien confiessa la dicha Maria de Sossa, que don Iuan de Castilla y Aguayo, padre del dicho don Iuan, fue su padrino quando se casò, de que tambien resulta otra tacha contra ella.

90 Tambien resulta otra contrariedad contra esta Maria de Sossa de lo que dixo en las censuras con lo que dixo en la ratificacion, porque memor.fol.14.dize, que veìa mezclados a dõ Diego, y doña Agustina por vnos agujeros que tenia el porton, y fol.16. dize, que en estos actos estaua don Diego sin capa, porque con ella tapaua la puerta, ergo tambiẽ tapaua los agujeros, y por esta excepcion tampoco haze fe, *Farin.de testibus, q.66.num.13.*

91 Aciscło de Castillejo, mem.n.41. tiene por tacha el testimonio q̃ està puesto a la margen del pleito d.n.41. porq̃ se procedio contra el por el pecado nefando, por lo qual no se le puede dar credito, *cap. super eo, el 1. de testibus, cap. constituimus 3.q.5. l.3. §. lex Iulia, ff. de testibus, Farin. q.56.n.126. & 127.*

92 Lo tercero, tampoco prueuan estos testigos, por ser singulares, y deponer actos diuersos loco & tẽpore, respeto de que Maria de Sossa, memor.fol.14.dize, que el juntarse don Diego de Hozes y doña Agustina de Cortes fue en su casa.

93 Antonio Portela, nu.40.dize, que las juntas eran en casa del mismo don Diego de Hozes.

91 Aciscło de Castillejo, n.41.dize, que don Diego de Hozes tenia vna casita pequeñuela junto al horno del Veintiquatro, y que en ella tenia vna vieja que se llamaua Eluira Mẽdez, para que les diesse la casa, y que en ella se juntauan don Diego, y doña Agustina, & extante hac singularitate, no prueuan los dichos testigos no solo por la regla del *cap. causam de probatio. cap. bonæ el 1. §. contra vero de electione, cap. cùm dilectus de accus. Farin. de testibus, q.64. ex n.33.* sino tambien por la verdadera in-

95 teligencia y concordia en esta materia, que aunque la singularidad adminiculatiua es bastante para prouar alguna cosa in genere, que resulte de muchos actos, prout quem esse adulterum, simoniacum, & vsurariũ, *Farin.d.q.64.n.223.* pero quãdo para algun efecto de actos venereos se quiere sacar prouança de adulterio, o incesto in specie, no bastã testigos singu-

ſingulares, y es meneſter que de cada acto aya dos teſtigos conteſtes, *vt per Ioan. de Amicis conſ. 127. ex n. 6. & n. 25. Maſcard. de probat. concluſ. 65. adulterium illo die, n. 2. verſ. Diſtingue, & concluſ. 827. teſtes n. 8. tom. 2. Farin. de teſtib. q. 64. n. 228. & plenius 4. p. tit. de delictis carnis, q. 136. n. 30. Sanchez de matrim. lib. 10. diſput. 12. n. 51. Gutier. eod. tract. c. 44. n. 56. Giurb. conſ. 37. n. 25.*

96 Iuuat etiam quod tradit *Maſcard. tom. 2. concluſ. 894. nu. 2. & concluſ. 1023. n. 37. vbi ex Alex. conſ. 143. verſ. Infringitur, lib. 2. reſoluit, quòd ſi vnus teſtis deponeret matrimonium contractũ ſub imagine Crucifixi, alter Virginis Mariæ, non poſſunt conciliari, nec probant matrimonium, & affert ſimile de Suſanna, Gutier. d. cap. 44. n. 52.*

97 Lo quarto, tampoco eſtos tres teſtigos ſingulares concluyen la copu la carnal entre don Diego y doña Aguſtina, porque ſolo dizen de los
98 actos preparatorios, y que ſe encerrauan. Y para prouar el inceſto ſe requiere vera & naturalis copula per effuſionem ſeminis intra vas mulieris, *cap. extraordinaria 35. q. 3. Sanchez de matr. lib. 2. diſput. 21. ex n. 5. & lib. 7. diſput. 15. n. 11. & diſput. 64. n. 8. Baſil. de matr. lib. 7. cap. 33. n. 2. & lib. 9. cap. 10. in principio.* & ita hoc declarauit *Sacra Congregatio Cardinalium,* prout refert *Bellarmin. in obſeruat. ad Concilium Trid. Seſ. 24. cap. 4. de reformat. matrimonij* (que es el texto que determina el impedimento ex fornicatione illicita, para que no aya lugar ſino intra primũ, & ſecundum gradum) y dize eſtas palabras: *Intellige autem fornicationẽ, tunc impedire, cùm interuenit copula perfecta cùm ſeminis mixtione intra vuluam ex vtraq; parte, aliàs non oritur impedimentum, etiamſi virginẽ deflorauerit, Nauar. poſt alios in ſumma c. 22. n. 43. per text. in d. cap. extraordinaria 35. q. 3.* y aſsi la prouança contraria quando concluyera en ſu genero no prouara la copula por ſer compatible, ſer ciertos los dichos actos, y que no huuiera conſumacion, vt ex *Lapo allegat. 53. reſoluit Maſcard. tom. 1. copula carnalis concluſ. 454. numer. 3.* ibi: *Nam quamuis quis atteſtaretur commixtionem, non tamen eſſet vera illa probatio, quia hoc eſſe poſſet ſine ſeminis emiſsione, vndè non adfuit copula, quia non probat hoc eſſe, quòd ab hoc contingit abeſſe.*

99 Lo quinto, nec etiam quando los dichos teſtigos fueran conteſtes, y huuiera otros muchos que concordaran en los actos de q̃ deponen, tãpoco fueran baſtantes para anular el dicho matrimonio, *vt probatur in cap. præterea de teſtibus,* en el qual para prouar la copula ilicita ad diſſoluendum matrimonium, tria copulatiuè requiruntur, *primum teſtimoniũ de auditu proprio, nempè, quia teſtes audierunt virum, & mulierem ſe cõmiſcentes per parietem, vel cortinam. Secundùm, quòd adſit fama publica de tali copula. Tertiùm, quòd adſint alia adminicula de prædictis, & hæc tria*

copulatiuè requiri tradit Abb.in d.c.præterea notabili 1. Aretin. in cap. veniens n. 23. de testibus, Mascard. conclus. 63. adulterium itidem num. 2. Riccio ad eundem Mascard. conclus. 452. num. 1. Rota decis. 91. ex num. 6. part. 2. diuersorum.

100 Todo lo qual falta en este caso, porque solo Maria de Sossa depone del ruido de la conmixtion, y en esto es singular, deuiendo auer de cada cosa dos testigos contestes, *vt ex Ruin. ponderat Rota d. decis. 91. n. 8. ibi: Quia tunc, quia secundus testis de auditu rumoris Didaci & Isabelæ intra cubiculum est solus, nec alium habet contestem, & sic deficit testimonium de auditu, vt in terminis Ruin. d. cons. 53. n. 10. ante medium, vers. Nec obstat,* ni tampoco dizen de fama, ni de otros adminiculos, *vt probatur in dict. cap. præterea, & tradit post alios Farin. q. 69. num. 234. & ante num. 179. & 4. p. de delictis carnis, q. 136. n. 40. donde entiẽde assi el cap. præterea de testibus,* plura tradit *Giurb. cons. crim. 37. n. 41. & 42.* vbi ad probandam copulam carnalem ex vocibus se commiscentium requiri plura, nempè quòd habeant notam vocem eorũ, & quòd etiam non interrogati reddant rationem sui dicti.

101 Nec obstabit si replicetur, que para impedir el matrimonio basta vn testigo, y qualesquier conjeturas, porque esto procede quando agitur de matrimonio contrahendo, *vt infra ex num. 130.* At verò, quando agitur de matrimonio iam contracto dirimendo, tunc vera & perfecta probatio requiritur, *cap. si duo 35. q. 6. cap. super eo el 2. in fine de testibus, & ibi Abb. n. 4. Mascard. de probat. tom. 2. conclus. 1035. non minor est labor, n. 19. & 21. Sanchez de matr. lib. 2. disput. 45. q. 4. n. 32. Giurb. cons. 37. n. 42.* quod etiam confirmatur *ex Bursat. cons. 435. vol. 4. Genuens. in practic. Eccles. q* 698. qui probant separationem thori non posse fieri ex probationibus adulterij præsumpti, quia debet vere & concludenter probari cùm agatur de graui præiudicio, *Farin. decis. 610. n. 1. p. 2. in posthumis.*

102 Lo sexto, los demas testigos examinados por el dicho don Iuan de Castilla, y los demas opositores, mem. ex n. 42. vsque ad 53. tãpoco cõcluyen cosa alguna, porque son de oìdas vagas, y assi no hazen fe, *cap. licèt ex quadam in principio de testibus, Farin. q. 69. n. 2. & seqq.* ni tampoco importarà ponderar, que de los dichos testigos resulta fama de la copula entre los dichos don Diego y doña Agustina, porque conforme al *cap. præterea de testibus cum dictis num. 99.* la fama por si sola no prueua la copula ad effectum dirimendi matrimonium, y la disputa entra quando plene & concludenter fama probata est.

103 At verò, ninguno de los testigos referidos concluye la fama, porq para este efecto es menester que depongan con los requisitos que pone

Farinac.in praxi,tom.1.quæst.47.ex num.208.&c in ſpecie ad probandum adulterium in cauſa diuortij,ita aduertit *Burſat.conſ.435.nu.43.& 44. Giurba conſ.crim.37.num.45.*

104 Y todos los teſtigos à lo que mas ſe alargan es a vnas oidas vagas,ſin dar Autores,ni razon de que tuuo origen lo que dizen,ni aun hazen mẽciõ de fama,ſed quod ita publice audierunt, ſiendo requiſito ſubſtancial, que para calificar la fama,es meneſter q̃ tenga origen de la mayor parte del pueblo,*Farinac.dict.quæſt.47.num.237.*y infiere deſto, *nu.238.* para nueſtra queſtion, que los teſtigos que dizen ſe ita publicè audiuiſſe, no concluyen, *& num.170.& 171.* dize, que ſi vnos teſtigos dizen de la fama,y otros dizen,que no ſaben nada, queda eneruada la prouança de la fama; porque para conſtituir fama es neceſſario que lo ſepan todos: y Franciſco de Ribera,teſtigo de don Iuan de Caſtilla, memor.n.47.dize, que en razon de lo ſuſodicho,nunca oyò hablar a nadie coſa alguna.

105 Tambien es meneſter,que la fama tenga origen ante litem motam, *Farinac.dict.quæſt.47.num.172.* y aunque los teſtigos dizen del hecho, no concluyen, que en aquel tiempo auia fama de la amiſtad entre don Diego,y doña Aguſtina,& teſtes ſimpliciter deponentes de fama præſumuntur dicere de fama poſt motam litem,*Farinac.ibi num.173.& 174.* y lo cierto es,que nunca ha auido fama de ſemejante amiſtad, ſino que el poder grande, y induſtria de don Iuan de Caſtilla, y los demas opoſitores como Caualleros tan poderoſos en Cordoua, ha baſtado a colorear eſta murmuracion,vertiendola ellos,deſpues que don Franciſco de Hozes ſe casò con la dicha doña Aguſtina : y eſto es lo que dize Maria Gutierrez,teſtigo de don Iuan de Caſtilla, que no eſtà ſacada en el memorial,y eſtà en ſu prouança,fol.198.que nunca oyò dezir la amiſtad de don Diego,y doña Aguſtina,ni que ſe trataſſen carnalmẽte,ſino hablarſe como vezinos,ſino es de dos meſes a eſta parte, y dize era ſu vezina,y que era preciſo ella lo oyeſſe,y ſupieſſe.

106 Lo ſeptimo,y con que ceſſa qualquier dificultad,es,con la prouança que don Fernando ha hecho,memor.ex nu.72. en que mas de quarenta teſtigos cõcluyen in ſpecie,que en aquel tiempo la dicha doña Aguſtina nunca tuuo amiſtad con don Diego de Hozes, y que ha ſido coſa injuſta, y contra razon el auerle imputado ſemejante amiſtad, con que los teſtigos contrarios,quando plenamente depuſieran de la dicha fama,quedaran eneruados;porque para que los teſtigos de la fama prueuẽ, es neceſſario que la prouança ſea incõcuſſa, y que no ſe controuierta,ni elida con teſtigo de contrarias oidas ; *cap. de parentela el 2.3.quæſt.6. Ioan. Garcia de nobilitat. gloſ.18.§.1.num.13.* y como dize *Farinac.dict.quæſt. 47.n.164.* la prouança de la fama es debiliſsima,& facilè proſternitur.

07 Y aſsi los teſtigos que dizen de buena fama, ſe prefieren a los de mala fama, *Farinac. ibi num.* 181. & *num.* 182. reddens rationem, porque los teſtigos de buena fama deponen de lo que el derecho preſume, y aſsi ſe han de preferir, *Guazino defenſione reorum, defenſione* 28. *cap.* 1. *ex num.* 18. porque inter famas contrarias negatiua tollit affirmatiuam, *Bart. in l. de minore, §. plurimum, ff. de quæſtion. num.* 25. *Farinac. dict. quæſt.* 47. *num.* 168. *cum ſequent.*

08 Et hoc procedit etiam, quòd teſtes de bona fama deponentes ſint numero pauciores, *Maſcard. tom.* 1. *concluſ.* 235. *bonam famam, n.* 1. *Guazino defenſione* 4. *cap.* 4. *num.* 7. *in fin.* Y tratandoſe en eſte pleyto de la prouāça de la fama ad effectum legitimitatis, la que fauorece a la legitimidad ha de preualecer in concurſu alterius famæ contrariæ, *vt per Puteum deciſ.* 2. *lib.* 3. *Rota per Farinac. deciſ.* 243. *num.* 11.

Lo octauo, ſaca eſte negocio de duda la confeſsion ſerioſamente hecha por los litigantes en la eſcritura de particiō deſtos bienes, otorgada en Cordoua en onze de Abril de 1619. memor. num. 69. en que todos pleno ore confieſſan a don Fernando por hijo natural de ſu padre, como el dicho don Franciſco lo dize y confieſſa en la miſma eſcritura, cō que ſe prueua la filiacion, vt infra ex num. 174.

09 Deniquè, con eſto concurre, que los teſtigos contrarios padecen mu
10 chas excepciones; porque doña Maria de Figueroa, n. 42. es tan incauta, que ſiendo ſu hijo litigante, no dudò de dezir en ſu fauor, y contradize à
111 Felipe de Vera, a quien cita en dos coſas. La vna, en que le llama criado
112 de ſu hermano, y el memor. num. 44. dize, que era ſu amigo. La otra, que oyò murmurar al dicho Felipe de Vera, que ſe auian encerrado don Diego, y doña Aguſtina en vn apoſento en caſa de Eluira Mendez, y el dicho Felipe de Vera no dize coſa deſto, ſino ſolo de oidas vagas, & teſtes inter ſe contrarij nihil probant, *Farin. quæſt.* 65. *n.* 2.

13 Don Pedro de Almagro ſue Religioſo expulſo de la Ordē de la Merced, memor. num. 45.

14 Iuana Gonçalez, memor. num. 46. ha ſido eſclaua de la dicha doña Maria, y tiene el dicho don Iuan en eſta Corte a Diego mulato, hijo de la dicha Iuana por ſu eſclauo, ſiruiendole de cochero, como eſtà prouado, num. 46. por lo qual no prueua, *Farin. de teſtib. quæſt.* 55. *n.* 161.

15 Franciſco de Ribera, memor. num. 47. es borracho, y anda por las calles ſin capa como loco, y aſsi no haze fee, *Farinac. de teſtibus, quæſt.* 56. *num.* 434.

16 De lo qual reſulta, que quando eſtos teſtigos depuſieran alguna coſa perjudicial contra don Fernando, no podia la pluralidad calificar ſus dichos por padecer tantas excepciones.

117 Porque si los testigos inhabiles no prueuan, ni ha de estar en mano de la parte coaceruando muchos, hazer plena prouança, *Mascard.tom.3.conclus.1414.aliàs 1421.homines vniuersitatis,n.1.vsque ad 4.Farin. de testibus,q.60.n.542.543.*& hoc præcipuè procedit in causa ardua, *Farin.q.62.n.311.& n.313.Crauet.cons.281.col.4.*

118 Et in specie in probando adulterio ad separandum matrimonium, quòd pluralitas non suppleat defectũ, *Bursat.cons.435.n.47.lib.4.Paul. Merenda cons.86.n.48.inter cons.matrimonialia Zileti, Monald. cons. 30.n.23.& 137.n.17.tom.1.*vbi addit hoc procedere, etiamsi veritas aliter haberi non posset, *Gutierr.de matrim.cap.44.n.29.vers.Similiter,& n.30.dicens, Quòd in causa matrimoniali testium habilitas non supplet aliorum inhabilitatem, cùm sit causa ardua, & grauis, & requirat testes omni exceptione maiores.*

119 Ex quibus patet, que no està prouado el incesto que se imputa a doña Agustina de Cortes.

PVNTO SEGVNDO.

120 Legitimo matrimonio se contraxo entre don Francisco de Hozes y doña Agustina de Cortes en presencia del Licenciado Bartolome Ruiz Mohedano, Cura de la Parroquial de S.Lorenço de Cordoua, memor. num.26.precediendo licencia del Ordinario en q̃ dispensò con las moniciones, mem.n.25.y no se puede dudar de que la fe del libro del Cura de los matrimonios de la Parroquia prueue el dicho matrimonio, porq̃ es autentico y aprouado por el *Concilio Tridentino ses.24.cap.1. de reformatione matrimon.*ibi: *Habeat autem Parochus librum, Rota decis.340. p.2.diuersorum, Riccio in praxi Eccles.tom.1.edit.1.decis.249.* y demas de la certificacion del Cura, sacada por prouision del Consejo, tiene prouado don Fernando el dicho matrimonio, mem.n.78. y no se duda dello.

121 Ni tampoco se puede dudar de que el Ordinario justamente pudo dispensar en las moniciones, vsando de la facultad que le concede el Cõcilio Tridentino, y que huuo justa causa para ello, por tan enfermo el dicho don Francisco, y quererse casar con la dicha doña Agustina para legitimar los hijos, *vt post Zeuall.q.604.n.108.Barbos.de Episcop.allegat. 32.num.47.*

122 Y tambien es justa causa para dispensar en las moniciones, que aya alguna desigualdad entre los contrayentes en calidad, hazienda, o edad, *vt per Zeuall.d.q.604.n.106.Riccio in praxi Eccles.fori tom.1.edit.1.decis.258.vers.Quinta est, Barbos.d.allegat.32.n.46.*

123 Y esta materia es arbitraria al Ordinario, que no solo por las causas

expressadas por el Concilio, sino por otras qualesquier, puede dispensar en las moniciones, vt post alios tradit *Gutier. de matr. c. 57. n. 3.* y el examen destas causas no es necessario se haga judicialmente como se hizo en este caso, y basta que se haga sumaria y extrajudicialmente, *vt per Gutierr. d. c. 57. n. 2. Barbos. d. allegat. 32. n. 39.*

124 Nec obstibit si primò replicetur, que el Licēciado Bartolome Ruiz Mohedano no era Rector de S. Lorēço, y que assi no pudo hazer el matrimonio, porque la respuesta nos da el mandamiento del Vicario de Cordoua, mem. n. 25. en que da comission al Rector, o a qualquiera de los Curas de S. Lorenço, para que hagan el dicho matrimonio, con que qualquiera destos (aunque alias de su oficio no pudiera assistir a los matrimonios) quedò calificado para hazerlo; porque el *Concilio Tridentino Ses. 24. de reformat. c. 1.* requiere, que el matrimonio se celebre delāte del Cura, vel coram alio Sacerdote de ipsius Parochi, seu ordinarij licentia, y assi està entendido comunmente, vt post alios tradit *Zeuall. q. 604. n. 109.* & ita semper fuit obseruatum *in Rota, vt patet in decis. 429. p. 1. diuersorum, Seraphin. decis. 189. n. 2. & decis. 1099. n. 5. Farin. decis. 166. n. 8. & 9. p. 1. in recentioribus.*

125 La qual decision es muy notable, porq̄ demas de prouar, que el Ordinario puede dar esta licencia, determina que se prueua auer precedido la dicha licencia con solo que el Cardenal Zapata siendo Obispo de Pāplona depuso, que se acordaua auerle pedido licencia para contraer matrimonio sin moniciones, y que la dio, y que la diera a vn frayle q̄ assistio al matrimonio por ser hombre docto y graue, aunque no se acordaua dello.

126 Demas de que muchos de los testigos examinados por don Iuan de Castilla en su prouança, que no estan sacados en el memorial, concluyē, que el Rector y Curas de las Parroquias de Cordoua igualmente tienē potestad para assistir a la celebracion de los matrimonios, y lo dizen el Licenciado Villarejo en la ratificacion, y el Licēciado Mohedano, que hizo el matrimonio, mem. n. 36. fol. 13.

127 Nec obstabit si secundo replicetur, que auiendo impedimento dirimente, el matrimonio contrahido absque publicationibus no es con buena fe, ni por el quedan legitimados los hijos, *ex cap. cùm inhibitio, §. si quis vero de clandestina desponsatione.*

128 Porque se responde, que en este punto ay muchos Doctores que dizen lo contrario, *vt per Gutier. de matr. c. 71. n. 8. y la Rota per Farin. decis. 354. n. 6. post 2. tom. cons. crim.* noluit firmare hanc limitationem, ex eo quòd est multum controuersa, *additio ad Ludouis. decis. 461. n. 11.*

129 Pero lo que no tiene duda es, q̄ la pena del §. si quis vero no procede

quando super monitionibus dispensatum est per ordinarium etiã nulla, aut iniusta subsistente causa, vt benè comprobat *Ceual. quæst.* 697. *num.* 10. *Gutierrez de matrimon. dict. cap.* 71. *num.* 10. *Balthasar Thomasius tract. de legitimat. tit.* 9. *cap.* 1. *num.* 6. *post medium, versic. Si verò in iure errassent, Gratian. tom.* 1. *cap.* 83. *num.* 24.

130 Nec tertiò obstabit opponere, que huuo dolo en don Fernando de Hozes, y mala fee en el matrimonio, porque se contraxo sin embargo del impedimento que a el propuso don Iuan de Cordoua, memor. num. 33. & 34. porque como consta del dicho impedimento, fue vago y general, y sin dezir de que especie era. y aunque conforme al cap. super eo, el segundo de testibus, cap. præterea, el segundo de sponsalibus, vn testigo basta para impedir el matrimonio contrahendo, ha de tener quatro circunstancias. La primera es, que diga como testigo, y no basta denunciar. La segunda, que jure su dicho. La tercera, que con juramento afirme saber de cierto el impedimento, y no bastarà que lo sepa de oidas. La vltima, que sea persona à quien se deua dar credito, las quales circunstãcias trae *Sanchez de matrimon. lib.* 1. *disputat.* 71. *num.* 9. *cum tribus sequent. Gutierrez de matrimon. cap.* 36. *num.* 8.

131 Y todas estas faltaron en el asserto impedimẽto, porque nunca se declarò, ni se ha declarado hasta aora, como se refiere, memor. n. 35. al fin, y el dicho don Iuan de Cordoua era la persona mas sospechosa para no darle credito al dicho impedimento, por ser pretẽdiente al mayorazgo, y estarle bien impedir este matrimonio, y se opuso al pleyto, que sobre el dicho mayorazgo pendio en Cordoua, y en el Consejo, don Pedro de Cordoua y Hozes su hijo le prosigue; y asi el dicho impedimento fue malicioso, y el Licenciado Villarejo no le deuio admitir, ni por el sobrescer el dicho matrimonio, y deuia ser castigado el dicho don Iuan de Cordoua, *cap. cum inhibitio, §. fin. iuncta glos. ibi, de clandestina desponsatione, & ibi Ancharran. num.* 13. *Ceuall. quæst.* 604. *num.* 47. *Barbos. dict. allegat.* 32. *num.* 21. *&* 24.

132 Nec quartò obstabit si replicetur, que el dicho don Francisco de Hozes no pudo tener buena fee, porque supo el impedimento de afinidad que auia entre el, y la dicha doña Agustina.

133 A que se satisfaze, que si no està prouado el dicho impedimẽto, como se fundò in primo puncto, frustra disputatur de scientia impedimenti.

134 Præterea, siempre se presume buena fee, y ignorancia del impedimẽto, *vt per Gutier. de matrim. cap.* 71. *num.* 4. *cum sequen. Rota per Ludouis. decis.* 461. *num.* 3. *Merlino de legitim. lib.* 1. *tit.* 2. *quæst.* 1. *n.* 19. *Peregrin. de fideicom. art.* 24. *num.* 67.

135 Ni son de consideracion los testigos, que para esta ciencia se ponde-

ran; porque Felipe de Vera, memor. num. 44. al fin, no dize palabra de que don Francisco supiesse la amistad de don Diego con doña Agustina, solo dize de la ciencia de don Diego, y que refirio, que el passar sin hablarle su tio, fue por los dichos zelos; pero no dize nada del dicho don Francisco, y en la ratificacion, fol. 19. al fin, deshaze lo que auia dicho, refiriendo, que lo auia dicho por trisca y chacota, y no porque supiesse que el dicho don Diego huuiesse tratado con la dicha doña Agustina.

36 Don Pedro de Almagro, demas de que està tachado, memor. fol. 20. al medio, solo dize del encuentro entre tio y sobrino, y de la causa de oidas a su padre del dicho don Pedro.

37 Antonio Portela, num. 40. solo dize, que dõ Diego de Hozes, primo del dicho don Diego, dixo a dõ Francisco, que porque queria estar enemistado con su primo por vna muger, y que entendio que lo dezian por la dicha doña Agustina.

38 Doña Maria de Figueroa, madre de don Iuan de Castilla, num. 43. al fin, no dize, que don Francisco de Hozes supiesse la dicha amistad, sino que don Diego lo sintio, y que llegaron a tener entre tio y sobrino muchos disgustos, y que no se quitauan los sombreros.

39 Maria de Sosa, fol. 14. buel. testigo tachado, solo dize, que oyò a don Diego quexarse de su tio, de que sabiendo que el auia tratado con la dicha doña Agustina, trataua el tambien con ella.

40 Y aunque en la tercera pregunta añadida, memor. num. 54. articulò don Iuan de Castilla esta ciencia, no ay mas prouança de la referida, ni Acisclo de Castillejo, de que se vale, no dize cosa alguna desta ciencia.

41 Con lo qual no se puede tener por prouada la dicha ciencia y mala fee de don Francisco, porque los testigos no deponen de publica voz y fama, ni con los requisitos necessarios, vt supra ex num. 103.

42 Y para que perjudique la ciencia in re ardua & graui, no basta que sea presumpta, ni prouada por adminiculos, requiritur enim, quòd sit certa & indiuidualis, *glos. in cap. concertationi, de appellat. in 6. verb. sciuerit, & ibi Geminian. num. 6. Bald. in cap. cum contingat, & ibi Barbacia num. 15. Felino colum. 2. de rescript. Abb. in cap. 1. colum. 4. & ibi Barbacia num. 69. Decio colum. 5. in princip. de postulat. Prælatorum, Rota decis. 21. de dolo & contumacia in antiquis, Costa de fact. scient. & ignor. inspect. 63. num. 13. Alexand. consil. 114. num. 4. lib. 1. Felin. in cap. quoad consultationem, de re iudic. num. 22.*

43 Et in alia qualibet materia idem requiritur, vt scientia præiudicet, *Rota per Farinac. decis. 584. num. 17. & decis. 644. num. 1. par. 1. in posthumis.*

144 Con lo qual concurre, que el dicho don Francisco de Hozes tiene por si el titulo del matrimonio, con que se excluye la mala fe que resulta de la fama, ex doctrina *Baldi in cap. vigilanti, n. 5. de præscript.* principalmente auiendose el matrimonio celebrado palam & bona fide, *vt per Ias. cons. 168. n. 5. vers. Item contrahens matrimonium prohibitum lib. 4. Ruin. cons. 51. sub n. 16. lib. 1. Roland. cons. 90. n. 23. lib. 3.* los quales aprouò la *Rota apud Farin. decis. 280. n. 2. p. 2. in recent.*

145 Y lo mismo resuelue *Zeuall.* & cæteri DD. citati, n. 129. dum dicunt omnem præsumptionem malæ fidei purgari per matrimonium in facie Ecclesiæ contractum.

146 Y don Fernando de Hozes tiene prouado con mucho numero de testigos, mem. ex n. 86. que el matrimonio entre sus padres fue muy publico en Cordoua, y que si huuiera verdadero impedimento, se pusiera, y que su padre tuuo siempre buena fe, y nunca supo del asserto impedimẽtõ, mem. n. 82. y añaden los testigos que no huuo tal impedimento.

147 Nec quinto obstabit si opponatur, que la legitimaciõ del *cap. tanta qui filij sint legitimi*, obra en los hijos que verdaderamente son naturales, y que para no serlo basta que qualquiera de los padres tenga mala fe, y que no aprouecha al otro la ignorancia del impedimento, porque no puede tener buena fe dando operam rei illicitæ *glos. in dict. cap. tanta verbo aliam.*

148 Tambien esta oposicion es extra rem, porque se và con presupuesto de que el dicho impedimento està prouado, y no lo està.

149 Y quando lo estuuiera, adhuc don Fernando quedara legitimado juxta veriorem opinionem, quæ habet fundamentũ *in d. glos. verbo aliã, qui filij sint legitimi*, porque auiendo al principio formado esta question, y referido dos opiniones contrarias, la primera en fauor de los hijos concluye, *sed primum verius est*, y assi entiende esta glossa *Hostiens. ibi, n. 2. Card. q. 11. in c. quod nobis, col. 3. vers. Vltimo pone, qui filij sint legitimi, Geminian. cons. 66. n. 5. vers. Circa tertiũ dubiũ*, donde dize, q̃ la glossa se ha de leer en la forma q̃ està en todas las Decretales, *Cassador. decis. vnica de sponsalibus, n. 7. & per totam, Gabriel titul. de legitimat. conclus. 2. n. 9. Surd. cons. 303. n. 20. vol. 3. Lupo de illegitimis commentar. 4. §. 1. n. 23. pag. 244. Basil. de matrimonio lib. 11. cap. 2. §. vnico, pag. 917.* neruose hanc opinionem defendens, & eandem in effectu sequitur *Sãchez de matr. lib. 3. disput. 42. ex n. 2. & disput. 44. n. 2. ad finem, pagin. mihi 652. vers. Et ideo hanc sententiam in 1. edit. Campanil. in diuersor. iuris canonici rubrica 11. cap. 13. num. 138.*

150 Y esto mismo resuelue la *Rota apud Ludouis. decis. 461. n. 2.* ibi: *Quia matrimoni[...] [...]ta ignorantia in vno coniuge legitimat prolem*

prius susceptam non minus quã verum. glos. in c. tanta in verbo aliam, vbi Anton. de Butr. n. 9 Alex. de Neuo nu. 17. qui filij sint legitimi, la qual decision està repetida en Farin. decis. 280. p. 2. in recentior. y primero tuuo esta opinion la Rota apud Caualcr. decis. 10. en la qual causa fue la decision de Ludouisio, con que queda canonizada esta opinion por auerla aprouado la Rota siguiendo la lectura ordinaria de la glossa en las palabras, sed primum verius.

151 Con esto queda exclusa la opinion de todos los Doctores contrarios, que tiene dos fundamentos; el vno es, que las palabras referidas de la glossa, sed primum verius, no son de Bernardo, sino añadidas y supuestas por otro autor, a que satisfaze Lupo d. comment. 1. §. 4. n. 22. & 23. q̃ esto es inuencion de Bellamera, y demas Doctores que se han apartado de la glossa, porque en todas las decretales se hallan las palabras, sed primum verius sub nomine Bernardi glossatoris.

152 El segundo fundamento es, que los padres dant operam rei illicitæ, se carnaliter commiscendo extra matrimonium, & ideo nullius bona fides debet eis prodesse. Porque este fundamento solo puede quadrar a los padres, pero no a los hijos, qui nascendo excoitu damnato non delinquunt, cap. Nasci, cap. vndecumque, cap. numquam, distinctione 56. & ita respondit Lupus d. comment. 1. §. 4. n. 23. vers. Non obstat.

153 Y Basilio de matrimonio d. §. vnico, n. 10. responde, que si con el acto illicito ay inuencible ignorancia, no puede dañar a la prole el impedimẽto, ex Farin. 4. p. q. 126. n. 60. y que el padre que ignoraua el impedimento, no cometio incesto, atque ita superueniens matrimoniũ bona etiã fide initum reddet prolem illam legitimam quasi retrotrahatur ad illud tempus.

Con estos fundamentos concurre en fauor del dicho D. Fernando.

154 Lo vno, que sus padres, mem. n. 23. & 24. para auerse de casar declarõ con juramento, que eran solteros, y que no tenian entresi impedimento que estoruasse el matrimonio, con lo qual se excluye la ciencia præsumpta ex fama cap. vltimo, qui matrimonium accusare possunt, y por el lo nota Aretin. in l. 1. ff. si cert. petat. quem ibi refert, & sequitur Socin. num. 21. vers. Secunda ratio.

155 Lo otro, que quando con estas consideraciones no quedara la legitimidad de don Fernando bastantemente cõprouada, sino dudosa, adhuc debet obtinere, quia in dubio pro legitimitate, & matrimonio iudicandum est, cap. fin. & ibi DD. de re iudic. cap. ex literis iuncta glos. ibi verbo in liberali de probat. Abb. in cap. fin. de desponsat. impuber. vbi quòd in dubio semper pro matrimonio pronuntiandum est, Sanchez de matr. lib. 1. disput. 18. n. 5. & lib. 3. disput. 44. n. 2. pag. 651. vers. Quinto probatur.

156 *Gutierrez, eodem tractat.cap.63.num.30.Gratian.lib.3.cap.468.num.49.& 51.*

157 Et in ſpecie, quòd in dubio pronuntiandum ſit pro legitimato per ſubſequens matrimonium, *Peregrin.art.24.num.34.Fuſario quæſt.409.num.133.*

158 Et hoc procedit etiam ſi communis opinio ſit in contrarium, *vt per Barbacia conſ.6.col.2.lib.1.Merlino de legitima.lib.1.tit.2.quæſt.7.num.22.Gutier.dict.cap.63.num.31.*

159 Y vn Doctor graue, que vote por el matrimonio, preualece a la comun, *Gratian.regula 252.in fin.Menoch.lib.2.præſumpt.71.num.30.& 31.Gutierrez dict.cap.63.num.31.*

PVNTO TERCERO.

160 Los fundamentos deſtos dos puntos comprueuan el valor del matrimonio, y legitimidad de don Fernando, quando el pleyto ſe determinara en la Rota, & lis eſſet ſuper validitate matrimonij.

161 At verò, el pleyto es poſſeſſorio, y de tenuta ſuper re temporali, y en el ſe opone a don Fernando la legitimidad; porque el matrimonio entre ſus padres no fue legitimo, y en eſte punto la diſtincion comun y practicada eſt, quòd ſi quæſtio matrimonij verſetur ſuper nudo facto, nempè an matrimonium ſit contractum, necnè, el juez ſeglar es competente para conocer della, *vt per Bart. in l.2.n.4.ff.de iuriſdict.omn.iudic. communiter receptus, vt per Franchis deciſ.36.* & cum pluribus *Barboſ. in l. Titia, ſoluto matrimon.num.22.Farinac.quæſt.8 num.25.Caſtillo tom.5. cap.105 num.5.Morla in emporio iuris, tit.2. in præmiſsis n.165.& 166. Paz de tenuta, cap.12.n.64.& ſequent.& num.67.*

162 Pero quando la queſtion del matrimonio ſe trata como eſpiritual, videlicet, an matrimonium ſit legitimum, necnè, tunc el juez ſeglar es incapaz de conocer de la dicha excepcion, *cap. tuam de ordine cogn.cap. cauſam quæ qui filij ſint legitimi, Barboſa in dict.l.Titia, num.22. Graſsis de effect.cleric.effectu 1.nu.398.401.& ſequent.Ceual. de modo cognoſcendi per viam violentiæ, 2.par.quæſt.25.num.12. & 13.Caſtillo cap.105.n.3. Seſſe deciſ.390.num.24.25.& ſeqq.par.4.*

163 Y lo miſmo procede, quando la queſtion que ſe mezcla es iuris & facti, adhuc enim pertinet ad iudicem Eccleſiaſticum, *Barboſa in dict.l.Titia, ſoluto matrim.n.24.& 28.Graſsis de effectib. cleric.effectu 1.n.407.*

164 Et ex hac ratione *Barboſ.dict.n.22.in princip.* reprueua la doctrina de *Bart.ibi num.5.* en quanto dixo, que el juez ſeglar podra conocer ſuper matrimonio ad effectum, vt pronuntiet, an filius ſit in poteſtate patris,

vel an ad eum pertineat ipsius hæreditas, quia quomodocumque incidat quæstio iuris super matrimonio iudex, laicus non potest cognoscere, *sequitur Ceual. dict. quæst. 25. num. 11.*

65 Y lo mismo procede, etiam si quæstio iuris incidat in possessorio causæ non temporalis, *Ioan. Andr. ad Speculatorem, in tit. qui filij sint legitimi, §. 1. vers. Competit, & tit. de reconuentione, §. nunc dicemus, Felin. in cap. cum sit generale, num. 1. de foro compet. Crauet. cons. 258. n. 4. Contard. in l. vnica, C. si de moment. limitat. 15. num. 30. Cassador. decis. 8. nu. 8. de restit. spoliatorum*, & meliùs *Puteo decis. 361. lib. 2. & in 2. editione* 351. que fue en el pleyto del Condado de Puñonrostro, donde determinò la Rota, quòd in iudicio tenutæ super illo maioratu Regium Consilium non potuit cognoscere de veritate matrimonij.

66 Y la diferencia està en el modo de practicar; porque si el pleyto es super proprietate bonorum, & incidat quæstio spiritualis, se suspende el pleyto secular, iuxta *cap. tuam de ordine cognition.* at verò, si el pleyto es possessorio, no se suspende por incidir en el la question del matrimonio, vt probatur *in cap. causam quæ qui filij sint legitimi*, que declara assi *Garcia de nobilit. glos. 1. num. 27.* y dize, que la razon desto es, porque en el juyzio possessorio solo se trata de la quasi possession de la legitimidad, y la causa se ha de determinar por ella, metiendo en possession al que se halla con esta calidad, quod secus est in iudicio proprietatis, in quo de validitate matrimonij disceptandum est; y assi concilia estos textos *Garcia dict. num. 27. versic. Et duo iura, & vers. Ex quo intellectu*, donde declara en esta forma la doctrina de *Mieres 3. par. quæst. 15. nu. 19. cum sequent. in 1. editione.*

67 Ex quibus patet, quòd in hoc iudicio solo se puede tratar de dar la tenuta a don Fernando, que se halla con el hecho del matrimonio en su fauor, reseruando para el juyzio de la propiedad todo lo que se opone contra el dicho matrimonio, vt tradit *Rota apud Veral. decis. 342. par. 2.* quem refert & sequitur *Contard. in l. vnica, C. si de moment. limit. 12. nu. 19. Cæsar Barcio decis. Bononiens. 46. num. 19. Raudens. de Analog. lib. 1. cap. 36. num. 37. cum sequent. & cons. 2. num. 123. cum tribus sequent. lib. 2.* vbi dicit, ita per plures Senatus fuisse iudicatum *Scipio Theod. allegat. 61. num. 34. Angel. de adquirend. possess. quæst. 3. art. 10. num. 545. vers. idem tradit Cæsar Contard. Gratian. tom. 4. cap. 732. ex num. 10. cum sequen. & cap. 754. per totum, præcipuè ex num. 18. Rota per Statil. Pacific. decis. 295. num. 8. post tract. de Saluiano interdicto*, dōde dizen, que las excepciones que en aquel caso se oponian contra el matrimonio, se han de reseruar para el petitorio.

68 Et in indiuiduo, que al legitimado per subsequens matrimonium se

le ha de dar la possesion de los bienes, sin embargo de que se opõga que entre sus padres no pudo auer matrimonio por ser parientes; lo prueua *Nat.cons.121.per totum præcipuè ex n.14.tom.1.Mieres 2.p.q.1.nu.19. 20.& 21.in secunda editione.Menoch. de adipiscenda remed.1.n.42.& 43.*& ita decisum fuisse in Regia Camera testatur *Ioan.Vincẽt.de Anna. in repetit.cap.1.de vassallo decrepitæ ætatis n.432.cum seqq. Raudens. de analog.lib.1.cap.36.n.77.* que habla en el estatuto de Milan, que continua la possesion in hærede quod legitimatus mittendus sit in possesionem bonorum propter præsumptionem, quæ oritur ex legitimatione.

169 Y porque ay algunos Doctores que dizen, que la excepcion de ilegitimidad se puede admitir in iudicio possessorio, y conocer della, la verdadera distincion es que ha de ser notoria y patente, & quòd non possit aliqua tergiuersatione celari, vt declarat *Veral.d.decis.342. Contard.d.limitat.12.num.19.Menoch.cons.180.n.41.cum seqq.lib.2.& de adipiscend.remed.4.num.759.Gratian d.cap.732.num.21.& 22.*

170 Y assi se ha de entender lo que dize *Molina lib.3.cap.13.n.24.*quòd exceptio illegitimitatis, & spurietatis in hoc iudicio admittenda sit, vt procedat quando incontinenti, & notoriè constat de spurietate, vt ipse agnoscit num.16.

171 Y para esto es menester que de la spuriedad conste per instrumentũ publicum, vel confessionem parentum *Mieres 3.p.q.15.n.75.in 2.edit. Sesse decis.390.n.32.legendus ex n.9.*

172 Y por esta causa la excepcion de spuriedad semper dicitur requirere altiorem indaginem ob multiplicitatem articulorum, qui circa eã proponi solent, *Ruin.cons.87.circa finem, num.28.lib.3.Beroio cons.57.num. 44.lib.2.Roland.à Valle cons.22.num.37.lib.3.Riminald. iunior cons.69. num.14.& 18.Raudens.d.cap.36.num.120.Argel.de adquirend.posses.q. 3.art.10.num.487.vers.Tertiò quia.*

Todo lo qual se ajusta a este pleito, y con ventaja en fauor del dicho don Fernando.

173 Lo primero, porque no tratandose del matrimonio de sus padres, principaliter, & super fœdere ipsius, sed incidenter ad consequendam possesionem bonorum bastan mas leues prouanças del matrimonio para la legitimidad, iuxta celebre *cons.Geminiani 27.quod sæpius approbauit Rota, vt per Farin.decis.341.n.1.& per totam.& decis.390.n.1.& per totã, p.2.in recent.& decis.407.n.8.& decis.198.n.1.& decis.310.n.1.& 7. p.1.in recẽt.& decis.681.n.2.p.1.in posthumis, & apud Ludouis.decis.247. n.4.& ibi additio, n.22.& apud Caualer.decis.10.n.2.& decis.79.n.1.& decis.142.num.1.Gratian.tom.3.cap.468.num.34.& tom.4.cap.754.nu.4. Cancer.variar.tom.3, cap.11.num.98.Sesse dict.decis.390.num.8.& seqq.*

p.4.Lupo de illegitim.comment.2.§.3.num.54. Lotherio de re benef. lib.2. quæst.48.num.46.

74 Lo segundo, que el dicho don Fernando tiene en su fauor la quasi possesion del matrimonio de sus padres celebrada in facie Ecclesiæ, memor.num.25.& 26. y la confessiõ y reconocimiento que el dicho don Francisco hizo en el codicilo otorgado despues de auerse casado, memor.num.28.declarandole por su hijo legitimo y sucessor de su mayorazgo con el acrecentamiento hecho por don Fernando de Hozes su hermano, Dean que fue de Siguença, y por su heredero; y pidio a las justicias le diessen possesion de todos, y se halla en la actual de los bienes de su padre, memor.num.30.al fin: y esto le basta para que el Consejo le dè la tenuta, *Seraphin.decis.* 1065.per totã, vbi probatur sufficere, quòd hæres sit in quasi possessione legitimitatis, & filiationis ad effectum, vt statutum de continuanda possessione habeat locum, *Menoch. de præsumpt.lib.6.q.54.num.53.Ioan.Vincent.de Anna.in d.capit.1. de vassallo decrepitæ ætatis num.432.cum seqq.*ibi: *Tamen fuerunt inuestiti ex quo nominati, & instituti in testamento virtute, l.fin. C.de edict. diui Adrian. toll.& fuit practicata decis.Afflict.119.*nam ex tali nominatione acquisita est quasi possessio, quæ sufficit in possessorio, *vt per Aymon Crauet. cons.106.procedant hæc, & Gratian.tom.3.cap.468.num.50.*vbi in nostro

75 casu dize: *Quòd ad legitimationem prolis non requiritur verum matrimonium, sed sufficit putatiuum, & quasi possessio colorata, & quòd illud fuerit approbatum per Ecclesiam, non obstantibus opositionibus, quæ contra matrimanium fiebant, & tom.4.cap.732.num.10.& seqq.& num.23. & nu.41. & cap.754. num.19. vbi quòd confessio parentum super legitimitate filij sufficit instatuto de continuanda possessione in hæredem, & numer.26. vbi punctualiter de confessione parentum in instrumẽto, quòd sufficiat ad quasi possessionem filiationis. & tom.5.cap.958.num.21.* vbi de institutione filij tãquam legitimi, quòd sufficiat iniudicio possessorio, *Rota per statil. Pacific.decis.*295.*num.*8.*&* 9.donde habla en el mismo caso, y que la excepçion contra la legitimidad se ha de reseruar ad petitorium, *Sesse d.decis.* 390.*num.*6.*&* 7.vbi fortiùs quòd ad effectum succesionis sufficit probare matrimonium parentum per famam.

176 Lo tercero, quòd sumus in iudicio possessorio, in quo iuxta naturã ipsius leuiores probationes sufficiunt, *Gratian.d.cap.754.nu.31. Menoch. de præsumpt.lib.6.de præsumptione 54.nu.31. & 47.* vbi dicit, *Quòd confessio parentum sufficit in iudicio possessorio, Lupo de illegitim.com.2.§.3.n. 53.vers.Cõprobatur opinio hæc,* vbi dicit, *Quòd in his quæ sunt magni præiudicij non releuat quasi possessio filiationis legitimæ, & proterea aliud sit in possessorio, in quo satis sit leuior probatio, vt per Bart.& plenè Castil.*

tom.5.

tom.5.cap.104.num.5. versic. Secundò permittit, cum vers. sequent. fol. 516.

Respuesta à la tercera oposicion.

177 Esta excepcion se funda en la clausula del mayorazgo, memor.n.10. en que està grauado el sucessor a casarse con muger limpia de sangre; de suerte, que sus descendientes puedan tener los actos positiuos de limpieza que en ella se expressan.

178 Y se opone, q̃ en Leonor de Camargo, abuela de la dicha doña Agustina no concurren estas calidades, por dezir que es Morisca de los Moriscos de Hornachos, y para ello se han examinado por los opositores algunos testigos, memor.fol.14.al fin, y n.45.al fin, y n.60.hasta 68.

Tampoco desta prouança resulta exclusion del dicho don Fernando.

179 Lo primero, porque en las pregũtas 20.y 21. que ambas estan inclusas en el memorial, num.92. estan examinados muchos testigos ex nu. 93.y 96. que concluyen la limpieza de Iuan de Astorga, y Luzia de la Cruz, padres de doña Agustina: y en la pregunta 22. memor. num.99. articula otra razon especial de la limpieza de la dicha Luzia de la Cruz, por auer sido ella y sus ascendientes Parroquianos de la Parroquia de santa Marina de Cordoua, que està en opinion y reputacion, que todos los vezinos de aquella Parroquia son Christianos viejos, y limpios de toda mala raça, y lo concluyen mucho numero de testigos, memor.nu. 100.y por la fee del casamiento de la dicha Luzia de la Cruz, memor. num.91.& 100.consta, que fue Parroquiana de la Parroquia, y por la fee del bautismo dict.num.91.consta lo mismo: y en la pregũta 26.memor. num.107. tiene articulado y prouado con mucho numero de testigos, que en doña Agustina de Cortes concurren las calidades requeridas por la clausula de la fundacion.

180 Lo segundo, quando estuuieramos en iguales prouanças, auia de preualecer la que fauorece a la limpieza, iuxta veriorem & communiorem opinionem in praxi receptam in Rota, & vbiquè, *vt per Farinac. decis. 167.num.38. & 494.num.11. par.1.in recentior. Ricciul. de neophytis, cap. 7.num.20.21. & 22. D. Præses Valençuela consil.90. num.167. cum seqq. Alexan. Ludouis.decis.455. per totam, & ibi additio.n.15. vbi tradit obseruantiam Rotæ circa hanc materiam Castillo tom.6.cap.123.n.17.* donde refiere mucho numero de Doctores, y decisiones de Rota por esta opinion, *Barbosa de Episcopo, tit.2.glos.17.num.38.* & nouissimè *Lotherio de re benefic.lib.2.quæst.43.n.88. & 89. & deniquè Rota apud Farinac.decis. 71.num.5.ad finem, tom.1.in posthum.*

181 Lo tercero, los testigos contrarios deponen solo de oidas, y aun no

con-

concluyen de la fama, de que Leonor de Camargo descendiesse de Moriscos: y en esta materia para que la fama en materias antiguas prueue, es menester que sea comun y constante, y entre todos los del pueblo; porque si ay variedad, siempre se prefiere la fama fauorable, *vt per Manticam decis. 274. num. 12. Rota apud Farinac. decis. 182. num. 9. & 404. nu. 12. par. 1. in recentior. & apud Ludouis. decis. 455. num. 3. & ibi additio num. 16. Ricciulo de neophytis, dict. cap. 7. n. 19. & 20.* vbi, quòd fama debet esse perpetua, & illæsa apud omnes *D. Præses Valençuela dict. consil. 90. num. 179. vsque ad finem, & consil. 92. nu. 165. vsque ad 189. Barbosa dict. glos. 17. num. 41. Castillo dict. cap. 123. num. 17. Lotherio bene declarans dict. cap. 43. num. 95. vsque ad 96.* donde cita muchas decisiones por esta opinion.

82 Lo quarto, tampoco prueua la fama quando ay algo contra ella, vt in his terminis tradit *Rota apud Farinac. decis. 167. num. 24. & decis. 182. n. 7. par. 1. in recent. Ludouis. decis. 498. num. 14.* y aqui ay contra esta fama tan euidentes prouanças, como resultan del memorial.

83 Lo quinto, que considerados los testigos contrarios, para calificar por Morisca a Leonor de Camargo, no dan razon de sus dichos; porque Eluira de Cantos, memor. num. 61. solo da por razon auerselo oido a su padre.

84 Maria Gutierrez, n. 62. dize, que le parecia que Leonor de Camargo era Morisca, y que diziendoselo a su marido, le respondia, que auia venido de Hornachos, ò Llerena, y da vna ridicula razon del motiuo que tenia para entender que fuesse Morisca.

85 Don Pedro de Almagro, nu. 63. solo refiere lo que le dixo vn esclauo a la dicha Leonor de Camargo: y es de notar, que lo que dize aura que

86 passò 36. años, y conforme a su edad, de que està presentado testimonio, num. 45. tendria entonces nueue años, y en cosa tan menuda, y de tan poca consideracion, es inuerisimil se acuerde de tanto tiempo.

87 Alonso Martinez, n. 64. solo dize lo que oyò a vn mercader yendo la dicha doña Agustina a su tienda del mercader a comprar vnas telas.

88 Don Alonso de Mesa, num. 65. solo dize, que tratando del entierro de Luzia de la Cruz, dixo vn Racionero, que el la auia enterrado, y que era Morisca.

89 Y vna de las consideraciones mas principales que se deue hazer para calificar la fama super descendentia à Mauris, es ver que origen tiene, si procede ex probabilibus causis, vt post *Manticam decis. 274. num. 9. Farinac. decis. 167. num. 24. par. 1. in recentior. tradit Lotherius dict. quæst. 43. num. 95. & 96.*

90 Lo sexto, que don Diego de Cordoua, memor. n. 66. que por su gran

cali-

calidad deuē tener mas noticia destas materias, testigo contrario, formalmente dize tiene por Christiana vieja a la dicha doña Agustina, & testis contra producentem plenè probat *ex Roman. conf. 105. Pater Reuerende ad finem.*

191 Lo septimo, que los testigos contrarios depusieron por censuras a instancia de don Iuan de Castilla, de que resulta contra ellos la excepcion ponderada, num. 80.

192 Lo octauo, que don Pedro de Almagro, memor. num. 45. al fin. y Maria Gutierrez, nu. 62. dan por razon, oyeron dezir, que Leonor de Camargo era de los Moriscos de Hornachos, y que vino de alli; lo qual haze imperfecta la prouança contraria por no auerse hecho en el lugar del origen, que es el que auia de quitar de duda esta question, pues mientras no se sabe si fue de Hornachos Leonor de Camargo, y si alli era de los Moriscos de aquella villa, siempre queda en duda esta materia, & dubia probatio semper retorquetur contra producentē *glos. in cap. in præsentia de probat. cum vulgaribus, y Farinac. decis. 71. n. 5. tom. 1. in posthumis*, resuelue, que la prouança hecha en el origen es la que ha de preponderar, y *Lara de capell. lib. 2. cap. 4. num. 43. & 44. cum seqq.* dize, que si los testigos dan por razō de la mala fama in loco habitationis, que vno vino de otro lugar, y en aquel se halle aquel linage, con buena opinion obtendra el pretendiente, aunque no prueue que desciende de aquel linage.

193 Lo nono, que el dicho don Fernando en la preg. 24. memor. num. 103. tiene prouado con muchos testigos, que los ascendientes de Lucia de la Cruz su abuela, fueron originarios de Cordoua, y nunca tuuieron origen, ni ascendencia en Hornachos, con que se deshaze el asserto origen.

194 Lo decimo, que la dicha doña Agustina, como esta verificado en la pregunta 23. ha tenido y tiene deudos muy cercanos Religiosos del Cōuento de S. Geronimo de Cordoua, y en la Iglesia de la dicha ciudad, en que ay estatutos rigurosos de limpieza, y al q̃ tiene actos positiuos, por los quales se halla en possession de limpio, no le obsta la prouança de mala fama, *Perez de Lara de capell. lib. 2. cap. 4. num. 15. cum seqq.* & pōderauit *Rot. decis. 167. n. 28. part. 1. in recent.*

195 Lo vndecimo, no obsta lo que dize don Alonso Carrillo, num. 67. y otros testigos, de que don Fernando tiene detenida vna familiatura del Santo Oficio en la Inquisicion de Cordoua, porque ningun testigo concluye de vista, y todos dizen lo han oido dezir, y siendo cosa moderna, claro es, que testigos de oidas no hazen fe, iuxta vulgaria, y el dicho don Alonso Carrillo dize vna cosa inuerisimil, que es de oidas a los Minis-

tros del Secreto del Santo Oficio, los quales conforme a su obligacion no pueden reuelar semejantes secretos.

196 Denique a la mala intencion de los testigos que deponen contra don Fernando por el gran poder de los contrarios pudo ocasionar, que don Francisco de Hozes padre de don Fernando tuuo trato ilicito con Isabel Gomez, que estuuo en reputacion de Morisca, como lo tiene prouado, memor. num. 105.

197 Ex quibus patet, que esta excepcion no obsta a don Fernando, y de passo se aduierte, que la clausula de la fundacion, memor. num. 10. solo requiere limpieza bastante a obtener los actos positiuos, y no nobleza en la muger con quien el sucessor se casare, porque assi lo dize literalmente la clausula.

198 Quando absque veri præiudicio la prouança contra don Fernando fuera incōcussa, adhuc, no le podia impedir para suceder en el dicho mayorazgo, porque el grauamen solo es al sucessor del mayorazgo que requiere, que quando se case sea con muger de las dichas calidades, por lo qual si vno que no es sucessor se casa contra el precepto del testador, no incurre en la pena de priuacion, *vt per Cephal. cons. 33. nu. 30. cum seqq. lib. 1. Menoch. cons. 1011. num. 2. vers. Respondetur primò, volumin. 11.* lo qual se ajusta a este caso, porque aunque don Francisco se casò siendo sucessor y posseedor del mayorazgo, respeto de don Fernando por la ficcion retrotractiua del cap. tanta qui filij sint legitimi, se presume, que se casò todo el tiempo que ha que nacio el dicho don Fernando, vt supra num. y como entonces no possèia el dicho mayorazgo, y le precediā otros en gradò, consequens, que no incurrio en la dicha pena.

199 Y tambien quando de la prouança hecha por don Fernando no resultara mas que la buena opinion de doña Agustina de Cortes, tambien le escusára, aunque in rei veritate no tuuiera la limpieza que se requiere, *vt per Molin. lib. 2. cap. 13. ex num. 29. alter Molina de iustit. tom. 3. disput. 614. num. 1. & seqq.*

ARTICVLO SEGVNDO.

200 MAS Llana se haze la admission de don Fernando prouando la exclusion de todos los opositores.

Exclusion de los descendientes de Diego de Hozes y doña Maria de Figueroa, fundadores deste mayorazgo.

201 Don Iuan de Castilla es nieto de don Gonçalo de Hozes, primer posseedor por medio de doña Maria de Hozes su hija, como parece de

la

la casa 10. y 15. del arbol, Don Pedro de Cordoua y Hozes es nieto de Pedro de Hozes, tercero llamado por medio de otra doña Maria de Hozes, hija del susodicho, como parece de las casas 12. y 16. Don Luis de Torreblanca es nieto de los fundadores por medio de doña Isabel de Hozes su hija 8. como parece de las casas 6. y 13. del dicho arbol.

202 Y por las clausulas, memor. n. 6. & 7. al fin, & n. 8. & 9. estan expressamente excluidas las hembras y varones dellas perpetuamente; y assi no necessitamos de disputar, ni alegar la doctrina de Paulo de Castro *in l. maritus, n. 5. C. de procurat.* quatenùs en el llamamiento de varones por linea masculina, excluye no solo a los varones de hembra, porque se interrumpio en ellos la linea masculina de sus abuelos, sino a la misma hembra, que es ocasion de la dicha interrupcion, quam opinionem sequitur *Molina lib. 1. cap. 6 num. 38. & lib. 3. cap. 5. n. 69. Peregrin. de fideicommiss. art. 6. num. 23. Robito consil. 16. & 17. lib. 1.*

203 Y tambien quando no huuiera especifica mencion de los varones de hembra, y nos quedaramos en terminos de las demas clausulas, es llano que auiendo exclusion de hembras, y perpetuo llamamiẽto de varones, es el mayorazgo de agnacion, y no suceden hembras, ni varones della; ex *theorica Molinæ lib. 3. cap. 5. num. 29. versic. His autem non obstantibus legendus, ex num. 25.*

Exclusion de los descendientes del segundo arbol, cuya cabeça constituyen don Gonçalo de Hozes, y doña Aldonça de Angulo.

204 Estos descendientes que se han opuesto al pleyto, son dõ Alonso de Hozes y Carcamo, don Diego de Hozes, dõ Pedro Gonçalez de Hozes y Valdiuia, que estan en las casas 6. 7. & 8.

205 Los quales tampoco pueden suceder, porque su llamamiento fue cõ pretexto y condicion del matrimonio que don Alonso de Hozes, hijo mayor de los dichos don Gonçalo, y doña Aldonça, auia de hazer con doña Maria de Hozes, hija legitima de los fundadores deste mayorazgo, y don Gonçalo de Hozes hijo mayor de los susodichos con doña Francisca de Hozes, hermana del dicho don Alonso, memor. num. 3. & fol. 2. ad medium, & num. 7.

206 Los quales matrimonios no tuuieron efeto; y assi se desuanecio el llamamiento de los descendientes de dõ Gonçalo de Hozes, *l. si extraneus, ff. de condict. causa data, l. si ego 10. l. promittendo 42. ibi. Sed si nuptiæ sequutæ non fuerint, ex stipulato agi nõ potest, magis enim res, quàm verba intuenda sunt. ff. de iure dot. l. Titio centum, §. Titio genero, & ibi Bart. n. 1. ff. de condit. & demonstrat. Barbosa in l. si cum dotem in princip. n. 51. ff. soluto*

fontano... Guid. Ferreira conſ.52.num.8.verſ. Accedit etiam quoniam donatio, Fontanel. de pact. nupt. tom.1. clauſul.4. gloſ.1. num.53. & 54. cum pluribus ſequent. Molfeſ. ad conſuetudin. Neapolit. tom.2. par. 4. tit. de ſucceſ. abinteſtat. in addit. ad quæſt.25. n.5. pag.140. Molino de pactis nupt. lib. 3. quæſt.6. num.70. & 71.

207 Y en fundacion de mayorazgo, hecha contemplatione matrimonij, quòd eo non ſequuto poſsit reuocari, etiã ſi irreuocabiliter fuerit cõſtitutus, *Mieres 1. par. q.22. nu.249. vſque ad 254. in 2. edit. Molin. vbi proximè, num.50. & 53. vbi ex nu.54.* hanc opinionem defendit ab aliorum impugnationibus.

208 Et quòd iſta exceptio matrimonij non ſequuti poſsit opponi contra promiſsionem, latè *probat Graſsis, except.40. n.10. & 11.*

209 Demas deſto, los llamamientos del dicho don Alonſo de Hozes, y ſus deſcendientes, no fue por contemplacion ſuya, ſino de doña Maria de Hozes, con quien ſe auia de caſar; y aſsi no baſta ſer deſcendientes ſuyos, ſino lo ſon tambien de la dicha doña Maria, *l. filius à patre, §.1. in fine, verſ. Si ex certa vxore, ff. de liber. & poſthum. l. cùm vir, l. ſi vir, ff. de condit. & demonſtr. cum latè adductis per Menoch. conſ.40. vol.1. Surd. cõſ. 72. Flores ad Gãmam, deciſ.235. Fontanel. de pact. nupt. tom.1. clauſula 4. gloſ.9. num.19. & ſequent. pag.80. Rouito conſ.94. tom.1.*

210 Y en eſtos terminos eſtamos en caſo de menos duda, que en el que hablan eſtos Doctores; porq̃ la diſputa es, ſi en la donaciõ, ò mayorazgo, fundado en fauor del hijo por contemplacion de vn matrimonio, ſucederàn los hijos del ſolo, ò de otro qualquier matrimonio que el hijo cõtraxere; y la duda nace de la cauſa final, y del afecto que el padre tiene al hijo, lo qual ceſſa en eſte caſo, porque el llamamiento no fue de don Alonſo, ſino de ſu muger caſandoſe con el, y en eſte caſo ſolo ſe diſpenſò con la agnacion, y no en otro, como conſta de la clauſula, memor. num. 7. al medio.

211 A que ayuda la enixa voluntad del dicho Diego de Hozes, que ſolo llamò a los hijos del dicho don Alonſo, y de doña Maria ſu hija, ſiguiendoſe el dicho matrimonio, y no en otra manera, que es caſo ſin diſputa, en que ſolos los hijos del matrimonio cõtemplado han de ſuceder, y no otros, como en el caſo de *Rouito dict. conſ.94. tom.1.*

12 Pero eſto no ſe dexò en duda por Diego de Hozes; porque auiendo faltado eſtos matrimonios, & per conſequens los llamamientos por el codicilo que otorgò, memor. num.14. los reuocò.

13 Ni obſta la replica que haze dõ Pedro de Hozes y Valdivia, memor. num.115. de que la reuocacion del codicilo no fue abſoluta de todos los deſcendientes de Gonçalo de Hozes ſu abuelo, ſino del llamamiento

de

de don Alonſo,que fue el que ſe auia de caſar,y lo demas ſe dexò en terminos del primer mayorazgo,en el qual memor. fol.5. al principio,tiene llamamiento qualquier deſcendiente varon de Gonçalo de Hozes, padre del dicho don Alonſo.

214 A que ſe ſatisfaze,que ſin el dicho codicilo, por no ſeguirſe el matrimonio entre el dicho don Alonſo de Hozes,y doña Maria hija del fundador,y don Gonçalo, primer llamado, con doña Franciſca, hermana del dicho don Alonſo,quedaron reuocados los demas llamamientos de la deſcendencia de Gonçalo de Hozes; porque todos ſe ſubordinarõ de la ſubſtitucion de los hijos y deſcendientes de don Alonſo, y la dicha doña Maria de Hozes,lo qual claramente dize la clauſula,memor.num.9. al fin;porque preſuponiendo que era poſsible, que don Alonſo, y doña Maria no tuuieſſen hijos varones,y que de otro matrimonio los tuuieſſe el dicho don Alonſo, los admite a la ſuceſsion; y auiendo faltado eſta ſubſtitucion, todas las demas que ſe ſubordinaron deſpues della faltarõ tambien,*l.ſi mater,§.1.l.qui habebat,ff.de vulgari*,notabiliter *Alexand. conſil.139.lib.6.*que es comunmente ſeguido,*vt per Rotam deciſ.230.n.1. par.2.diuerſorum,& apud Farinac.deciſ.486 num.9.par.1.in recent. & deciſ.538.num.5.verſic.Ratio autem,tom.2.Marta de ſucceſ.legali, par.2. quæſt.4.art.9.num.33.& 34.col.780. & conſ.8.num.31.Franciſc.Niger. tom.2.controuerſ.281.num.55.& ſequent.& num.64. Fuſar.quæſt.480. num.6.& 52.Ramon conſil.61.num.26.& 27.& conſ.100.n.280.& 472. cum ſequent.& 474.Hodierna ad Surd.deciſ.85.n.1.vſque ad 5.*

215 Y no neceſsitamos en eſte pleyto del *conſ.de Alexan.* y de la comun de los Doctores que le ſiguen; porque in indiuiduo eſtà excluſa la deſcendencia del dicho don Alonſo,y de ſu padre, vt patet memor. nu.14. donde expreſſamente eſtà excluſa la deſcendencia del dicho Gonçalo de Hozes.

216 Sin que obſte replicar,que no eſtà excluſa toda la deſcendencia, ſino la de los hijos con quien eſtaua tratado el caſamiento, y que don Pedro es hijo de don Gonçalo de Hozes,con quien no ſe tratò el caſamiento.

217 Porque ſe ſatisfaze,que la interrogacion que el eſcriuano hizo a Diego de Hozes,fue,ſi queria excluir al dicho Gonçalo de Hozes, y ſus hijos,con quien eſtaua tratado el caſamiẽto: y la reſpueſta fue mas general que la pregunta,porque dixo, que excluìa a la deſcendencia del dicho Gonçalo de Hozes, en que comprehendio no ſolo los hijos del matrimonio,ſino otros qualeſquiera,y la palabra,*como dicho es*,no correſponde a la pregunta,ſino al llamamiento del mayorazgo principal, en que ſolo le tienen los hijos y deſcendientes del dicho Gonçalo de Hozes, y no el miſmo, y eſte llamamiento quiſo derogar, y no el de la interroga-

cion del escriuano, porq̃ la hizo con presupuesto de que Gonçalo de Hozes estaua llamado, no lo estando, y assi la exclusion es clara de toda la descendencia llamada en el mayorazgo, por no auerse seguido los matrimonios concertados, por auerse subordinado todos los llamamientos de aquella causa final.

218 A esto se añade otra exclusion ineuitable de los descendientes del dicho Gonçalo de Hozes, quando la del codicilo no fuera tan clara, aduirtiendo, que los fundadores, memor. fol. 2. al fin, hazen mejora de tercio y quinto de sus bienes en don Gonçalo su hijo, conforme a las leyes del Reyno, y en el memor. num. 4. dizen, que para en quanto los dichos bienes excedieren del tercio y quinto vsan de la facultad Real que tenia para hazer mayorazgo, y assi en los limites del tercio y quinto es llano que quando don Fernando tuuiera alguna de las exclusiones referidas (que no tiene) no pudiera valer el llamamiento de los transuersales en perjuizio suyo, que es nieto de los fundadores por la *l. 27. de Toro, quæ est l. 11. titul. 6. lib. 5. Recop.* que para las mejoras de tercio y quinto, en caso que se quiera fundar mayorazgo dellas, pone cierta forma q̃ primero se aya de hazer entre descẽdiẽtes legitimos, y a falta dellos entre los ilegitimos, y en tercero lugar los ascendientes, y en quarto los transuersales, de la qual forma no se puede exceder, *vt per Palac. Rubios*, y *otros Doctores que cita Castillo tom. 2. cap. 7. num. 2. & cap. 30. num. 1. & tom. 5. cap. 98. num. 2. 3. & 4.*

219 Y como el fundador expressamente no puede peruertir el orden de los llamamientos, tampoco lo puede hazer por disposicion penal, vt puta, quòd excludatur descendens, qui non sit nobilis, vel qui contraxerit matrimonium cum muliere descendente ex radice infecta, vel ex alia causa, vt tradit *Angel. in l. 11. titul. 6. lib. 5. Recopil. glos. 4. num. 6. 7. & 8. pagin. mihi 595. in 2. edit. Castill. tom. 3. cap. 12. num. 44. & 45. & tom. 6. cap. 112. num. 23. & per totum.*

220 Y lo mismo procede quando ay exclusion de Clerigos y Frayles, o otros descendientes, porque solo valdra la exclusion en fauor de otros descendientes, pero no de transuersales, *Molin. lib. 2. cap. 12. num. 53. vers. In hac autem re, & vers. Sed dubitari etiam solet, Angulo, & Castillo locis citatis, & rursus ipse Castillo tom. 5. cap. 99. num. 2. & 3. per totum.*

221 Y con esto se excluye la pretension de suceder en los bienes de doña Maria de Figueroa, por dezir que ella no reuocò el mayorazgo: porque demas que ella no dexò bienes de que dotarle, ni se ha prouado que los dexasse, como se dize memor. num. 15. quando huuiera muchos, procedieran respeto dellos los fundamentos que se han alegado, menos el de la reuocacion del codicilo.

Ilacion

222 Don Fernando de Hozes es reo, y se halla en quasi possession de legitimo, y de los bienes de su padre, y assi puede hazer vn argumento a los demas opositores, dãdoles a escoger, que el mayorazgo dure, o que se aya acabado.

253 Si el mayorazgo dura y tienen exclusion todos los opositores, es preciso que don Fernando suceda, aunque tuuiesse alguna incapacidad, por no auer quien le excluya, ex doctrina *Baldi in l. maximum vitium, col. 4. C. de liber. præteritis*, donde en nuestros terminos prueua, que la exclusion de hembras no es tanto por odio suyo, quanto por el fauor de los varones, y assi faltando ellos suceden, *sequitur Molina lib. 1. cap. 6. numer. 22. & lib. 3. cap. 5. numer. 72. vers. Decimaquinta conclusio. Fusario quæst. 311. num. 45. Fontanel. de pact. nupt. tom. 1. clausul. 4. glos. 25. num. 17. & 18. & seqq. vbi ad longum Castillo tom. 5. cap. 92. num. 12.*

224 Y por esta causa el dicho don Fernando quando tuuiera exclusion, quod negatur, sucedia ex alio iure diuerso de por el que fue excluso, nẽpè por pariente mas cercano, *vt in l. 1. §. Sed videndum, ff. de successorio edicto, l. si pater is, §. qui duos, ff. de adoptio.* ibi: *Facit enim hoc quasi quilibet non quasi auus, l. debitor, §. fin. ad Trebellian.* ibi: *Quia non quasi hæres, sed quasi mater ex pacto accepit, l. tutor petitus, §. quæ tutoribus, ff. de excusat. tutorum,* ibi: *Cùm iudicium patris, vt filius non vt tutor promeruerit, l. profectitia, §. Papinianus, ff. de iure dot. l. qui duos, ff. de coniungend. cum emancipat. liber.* ibi: *Propter id caput edicti, quod à Iuliano introductum est, idest ex noua clausula.*

225 Y assi no le podia obstar la asserta exclusion, *vt probatur in l. si filius qui patri 42. ff. de bon. libertorum,* ibi: *Et qui alio iure venit, quàm eo quòd amisit, non nocet id quod perdidit, sed prodest id quod habet, sic edictum est patrono, eidemque patroni filio non obesse, quòd quasi patronus deliquerit, si vt patroni filius venire possit,* & in terminis *Oldrald. cons. 16. numer. 4.* donde prueua, que la exclusion por el casamiento no comprehende al que viene por diferente llamamiento del que fue excluso.

226 Y en este caso de estar todos exclusos, el durar el mayorazgo ha de ser por la perpetuidad, y por llamamientos suplidos por la ley, los quales han de ser regulares, iuxta naturam *maioratus, vt per Molin. lib. 1. cap. 6. num. 26. & lib. 3. cap. 5. numer. 61. vers. Illud tamen, Gamma decis. 354. aliàs 355. num. 4. vers. Alterum, & num. 8. & 9. vers. Cùm igitur, Mieres 2. part. quæst. 6. numer. 279. in secunda editione, Castillo tom. 6. cap. 117. num. 21. cum duobus sequentibus, Sesse post decis. 254. in responso ad motiua num. 9. pag. 165. tom. 3.*

227 Nec obſtabit ſi replicetur, que conforme a eſto los deſcendientes de hembra han de ſuceder, porque eſto procediera, ſi ellos fueran parientes mas cercanos del vltimo poſſeedor: pero ſiendolo don Fernando, y haziendoles ventaja en eſto a todos, para excluirle ſolo ſe pueden fundar en las condiciones irregulares del mayorazgo, y auiẽdoſe acabado por faltar los ſuceſſores, eſtaremos en vn mayorazgo regular.

228 Si el mayorazgo ſe ha acabado, tambien quedan excluſos todos los opoſitores, porque el vltimo poſſeedor fue don Franciſco de Hozes padre del dicho don Fernando, y el es ſu heredero.

229 Ex quibus concludimus auerſe de pronunciar ſentencia de tenuta en fauor del dicho don Fernando de Hozes. Saluo, &c.

En Madrid por la viuda de Iuã Gõçalez, Año 1634.